



UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

---

**“LA VALIDEZ DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO A LA LUZ DE LA  
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LOS LÍMITES DE LA  
JURISPRUDENCIA EMANCIPATORIA”**

**OSCAR JAVIER PEÑA MUÑOZ**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C.  
2012**

**“LA VALIDEZ DEL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO A LA LUZ DE LA  
JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL: LOS LÍMITES DE LA  
JURISPRUDENCIA EMANCIPATORIA”**

**Estudiante:**

**OSCAR JAVIER PEÑA MUÑOZ**

**Código 699279**

**Trabajo de grado para optar por el título de Magíster en Derecho**

**Director:**

**Oscar Mejía Quintana**

**Universidad Nacional de Colombia  
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales  
Bogotá D.C.  
2012**

## TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>6</b>
<b>CAPÍTULO I EL PROBLEMA DE VALIDEZ DEL DERECHO .....</b>	<b>26</b>
1.    SOBRE EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN EL POSITIVISMO .....	27
2.    LA VALIDEZ TRIADICA DE ROBERT ALEXY .....	44
3.    LA LECTURA DEL PARADIGMA INTERPRETATIVO .....	49
4.    LA LECTURA DEL PARADIGMA CONSENSUAL DISCURSIVO.....	51
<b>CAPÍTULO 2 EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DEL SISTEMA JURÍDICO. ....</b>	<b>64</b>
1.    EL DEBATE SOBRE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN .....	65
2.    EL PAPEL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO VÁLIDO.....	75
3.    DEMOCRACIA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. ....	87
<b>CAPÍTULO 3. LAS TRANSFORMACIONES DEL CONTENIDO DE LA NORMA BÁSICA EN COLOMBIA A PARTIR DEL ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL. ....</b>	<b>98</b>
1.    LA INDETERMINACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO Y LA PLURALIDAD DE CRITERIOS DE VALIDEZ MATERIAL EN COLOMBIA.....	99
1.1.    El modelo de Estado social de derecho. ....	101
1.2.    El modelo Neoliberal.....	104
1.3.    El modelo multicultural .....	108
2.    LOS LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA EMANCIPATORIA .....	110
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>120</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>123</b>

## **RESUMEN**

En esta investigación se indaga por el proceso de transformación de los criterios de validez en el sistema jurídico colombiano a través de los procesos de constitucionalidad y se estudian las limitaciones de los tribunales constitucionales para promover el cambio social. Se sostiene que la determinación del derecho válido debe superar los estrechos márgenes positivo – normativistas para en su lugar entender que el proceso de la determinación de lo que es derecho está atravesado por la dinámica propia de los procesos de adjudicación constitucional. De la exploración del tal dinámica en el caso colombiano se puede observar una modificación de los criterios para la determinación del derecho válido contenidos en la Carta del 91 para en lugar adoptar el código amigo – enemigo típico del sistema político, lo cual a su turno evidencia las limitaciones de la jurisprudencia constitucional en términos emancipatorios y las limitaciones del sistema jurídico para lograr una mayor ampliación del modelo democrático en términos de reconocimiento de diversas formas de vida. Ante tal escenario se plantea como alternativa la necesidad de recurrir a un nuevo arreglo institucional y de otro lado la ampliación de formas de lucha a otros espacios tanto al interior como al exterior de los mismos sistemas.

**Palabras clave:** Validez Jurídica, derecho constitucional, jurisprudencia constitucional, derecho y cambio social.

## **ABSTRACT**

This research investigates the transformation process of validity criteria in the Colombian legal system through constitutional processes and discusses the limitations of constitutional courts to promote social change. It is argued that the determination of valid law must overcome the narrow margins positive - instead normativists to understand that the process of determining what is right is crossed by the dynamics of the process of constitutional adjudication. From the exploration of this dynamic in the Colombian case we can see a change in the criteria for determining the valid law embodied in the Charter of 91 to instead adopt the code friend - enemy typical of the political system, which in turn evidence limitations of constitutional jurisprudence in emancipatory terms and limitations of the legal system for greater expansion of the democratic model in terms of recognition of different lifestyles. In such a scenario could be an alternative to the need for a new institutional arrangement and extending across forms of struggle to other spaces both inside and outside of the same systems.

**Keywords:** Legal validity, constitutional jurisprudence, law and social change.

## INTRODUCCIÓN

*“En este lugar tropezamos con una cualidad desagradable de la jurisprudencia, con su 'manía de grandeza'. En ninguna ciencia teórica o práctica existe la creencia de que un día pudiera ser capaz, y mucho menos, que ya lo fuese, de resolver cualquier problema imaginable. El biólogo, el filólogo, el historiador, el esteta, el astrónomo, no niegan en ningún momento que sólo sabrían contestar a un número de cuestiones insignificantes en comparación con la totalidad de los interrogantes... Sólo la jurisprudencia se atreve a causa de su supuesta plenitud hermética a poder resolver cualquier problema real o imaginable y exige esta capacidad inclusive del último de sus novatos.”*

HERMANN KANTOROWICZ

*Der Kampf um die Rechtswissenschaft*<sup>1</sup>

Para dar cuenta del asunto de la validez jurídica en el actual Estado Social de Derecho se impone la necesidad de aceptar que las normas contenidas en la constitución política son derecho.<sup>2</sup> Esto es consecuencia de un proceso histórico que concluyó no solo con la expedición de constituciones declarativas de principios y reguladoras de la limitación del poder político, sino puntualmente con la aceptación de la constitución como una norma a la que han de sujetarse todos los poderes del Estado. El derecho en la actualidad no es válido por su propia existencia, sino que se requiere de la decisión de su producción, con lo cual la constitución se identifica por una *relación* y en concreto en relación con la legislación.<sup>3</sup> De forma tal que la atribución de decidir y de regular, así como los controles a esas específicas funciones son en la actualidad temas centrales para la teoría jurídica. Siguiendo a Ignacio de Otto, la centralidad de la constitución

---

<sup>1</sup> Carlos Alchourron y Eugenio Buligyn. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*

<sup>2</sup> De Otto, Ignacio. Derecho constitucional. Sistema de fuentes. Barcelona, Ariel: 2001. Página 13.

<sup>3</sup> Ibídem. Página 15.

obedece entonces a su entendimiento como norma, lo cual a su turno deviene en su supremacía, toda vez que el concepto de constitución se construye a partir de la jerarquía entre normas.

Ahora bien, la existencia de la constitución solo es entendible desde su positividad, última entendida como proceso de creación del derecho, lo cual implica una alteración en la consideración sobre la validez del derecho, así “en la conciencia jurídica moderna, tanto científica como vulgar, en la experiencia jurídica, se considera que lo que confiere validez a las normas es la decisión de crearlas por parte de quien está habilitado para ello, y que la validez no deriva de ninguna otra cualidad”,<sup>4</sup> lo cual marca según De Otto una ruptura fundamental con la conciencia jurídica pre-moderna en el entendido que para el iusnaturalismo clásico las normas valen en cuanto justas, mientras que en la modernidad el derecho ante todo es dinámico.

De forma tal que en la modernidad el derecho vale porque es puesto y no por ninguna otra razón, así “el derecho puede ser cambiado en cualquier momento, el legislador no se vincula para el futuro, sino que *se institucionalizan procesos especiales para el cambio*, el proceso legislativo entre ellos, y se establece una *diferenciación estructural entre la desobediencia y el cambio*, lo que no ocurría en la sociedad tradicional.”<sup>5</sup> De forma tal que el derecho adquiere un dinamismo propio en cuanto puede cambiar constantemente, puede regular cualquier fenómeno de la vida humana y es universal en sus destinatarios.

La aceptación de la constitución como norma jurídica, que regula jurídicamente los poderes que constituye va de la mano de la concreción de la norma, esto es, de la eficacia de la misma por parte de los tribunales constitucionales, de forma tal que constitución y ordenamiento jurídico en su conjunto se juridifiquen y se judicialicen.

---

<sup>4</sup> Ibídem Página 20.

<sup>5</sup> Ibídem. Página 22.

La constitución como límite al poder político, apunta a una “función capital de la norma constitucional: la de operar como norma de *selección*, como norma que traza la frontera entre lo políticamente posible y lo jurídicamente lícito. La constitución, al señalar los límites entre lo constitucional y lo inconstitucional, señala *los límites dentro de los cuales cabe que lleguen a convertirse en derecho, en voluntad del Estado, las expectativas que en un momento cualquiera pretenda utilizar el poder público para imponerse*. Decir que la constitución es el límite del poder del Estado o la garantía de la libertad es lo mismo que decir que con ella se fijan los límites del derecho y, por tanto, los límites dentro de los cuales ha de situarse cualquier expectativa que pretenda convertirse en derecho...”.<sup>6</sup> Dicha función selectiva de la constitución es la que permite articular el derecho, entendido como sistema al mismo sistema social, pues establece las condiciones de compatibilidad y la posibilidad real de que el Estado canalice las expectativas sociales.

El escenario crítico de tal proceso selectivo se concreta en la actividad del control de constitucionalidad de las leyes por parte de los tribunales constitucionales, pues si bien generalmente las cortes de cierre pueden eventualmente tomar las últimas decisiones en los asuntos sometidos a su conocimiento, es el tribunal constitucional el encargado de hacer la contrastación directa entre el conjunto de las normas que conforman el ordenamiento y la carta constitucional, a efectos de lograr su supremacía efectiva, y la reducción de la complejidad social.

Ya explorando el caso colombiano la Corte Constitucional<sup>7</sup> en cumplimiento de su papel como garante de la supremacía de la constitución marca los parámetros bajo los cuales se puede determinar si una norma es válida o no – constitucional o no - y por ende si pertenece al sistema jurídico o no. Los juicios y valoraciones acerca de la constitucionalidad de una disposición normativa determinan el contenido material de la “norma básica fundante o regla de reconocimiento”,

---

<sup>6</sup> Ibídem. Página 39.

<sup>7</sup> Figura institucionalizada en la Constitución política de 1991.



creaciones teóricas que constituyen el aporte del positivismo a la solución del intrincado problema de la validez jurídica, y que en ésta investigación se problematizarán.

En este sentido desde la entrada en vigencia de la constitución política de 1991, cada Corte – y con ello se hace relación a la composición de la Corte Constitucional y su cambio permanente con ocasión de los diferentes procesos de selección de magistrados– ha impreso diferentes matices – o establecido diferentes criterios - en la determinación de lo que se considera derecho válido en Colombia y en las formas como pueden los actores del mundo jurídico determinar la pertenencia de una norma al sistema jurídico. En la primera Corte constitucional se desarrollaron especialmente algunos principios y valores constitucionales de raigambre democrática a partir de los cuales se estableció la pertenencia al sistema de las normas que en su conjunto fueron sometidas a su estudio, así se dieron importantes avances en el desarrollo de la cláusula social del “Estado social de derecho”. La segunda Corte reinterpretó algunos de dichos contenidos, privilegió algunos y fijó nuevos contenidos en la norma básica, y finalmente la tercera Corte Constitucional ha orientado sus decisiones con base en otros principios y valores, privilegiando de igual forma algunos que otrora no fueran desarrollados.

Así, un punto de inflexión determinante en el marco de los criterios o contenidos de la norma básica, se ha dado con las sentencias que convalidaron el proyecto político que se mantuvo en el poder a lo largo de los períodos constitucionales que transcurrieron del 2002 al 2010, pues al paso de la reforma de la constitución política mutó el mismo contenido de la “norma básica”, se transformó de manera importante, pues al conjunto de principios y valores constitucionales se ha tratado de oponer un criterio de distinción básico en la determinación de lo que se considera derecho válido; la lógica amigo-enemigo, como lógica básica de funcionamiento del sistema político. Tal punto confluye con el agotamiento de los desarrollos de la cláusula “Social” del Estado de derecho, y consecuentemente

con el desarrollo de los otros proyectos de sociedad – los cuales constituyen una reiteración del autoritarismo como fenómeno constitutivo del sistema político y jurídico colombianos. Tal cambio aprueba la constitucionalidad de formas “excepcionales” de resolver históricamente los problemas del país e impone la hegemonía del proyecto neoliberal condensado igualmente en la carta del 91.

En otros términos el legislativo ha adoptado una serie de reformas que se han materializado a su turno en el desconocimiento de los principios de la forma democrática y republicana del Estado. Con dichos fallos se ha cambiado el sistema y el régimen político porque se alteran valores y principios que orientaban e informaban la constitución vigente, así como la naturaleza y el comportamiento de algunas instituciones políticas. Tal modificación en ocasiones se dispuso expresamente, mientras que en otros es producto de la manera como las nuevas instituciones, influirán en el comportamiento de las otras.

Del análisis puntual del caso colombiano puede inferirse que hoy día una teoría de la validez debe hacerse a partir de la actividad de los órganos de control de constitucionalidad, pues su tarea en términos teóricos y prácticos consiste en la determinación de lo válido.

Ahora bien, tal problemática en la determinación del derecho válido, y en últimas la adopción del código binario del sistema político como determinante del sistema jurídico, resta las posibilidades de emancipación que a través del derecho podrían eventualmente lograrse. Así las promesas de la modernidad consistentes en mayor libertad, justicia, igualdad, quedan reducidas a su mínima expresión, pues el derecho no se transforma en el canal que permita obtener cambio social, sino todo lo contrario, garantiza las condiciones de estabilidad de los sistemas jurídico y político, evidenciando el cumplimiento de su función esencial.

La jurisprudencia constitucional que otrora se mostrara como un mecanismo de lucha y de obtención de reivindicaciones sociales, pese a su origen profundamente conservador, hoy día revela todo su potencial regresivo, y confirma la tendencia

histórica del derecho en Colombia de servir a los intereses de clase, y en el mejor de los casos de conservación del statu quo y la reproducción de las condiciones de dominación al interior de la sociedad. En este sentido se sostendrá como hipótesis lo siguiente:

*Hoy en día la determinación del derecho válido debe superar los estrechos márgenes positivo – normativistas para en su lugar entender que el proceso de la determinación de lo que es derecho está atravesado por la dinámica propia de los procesos de adjudicación constitucional.*

*En consecuencia se sostendrá que las mutaciones en el contenido de la norma básica en Colombia - que encontraba en la constitución Política de 1991 principios y valores con ascendiente democrático- con ocasión de la declaración de constitucionalidad de disposiciones legales claramente regresivas en materia de ampliación democrática y reconocimiento de derechos, se ha transformado para incluir junto con dichos principios y valores constitucionales la distinción amigo – enemigo propia de la determinación de lo legítimo e ilegítimo del sistema político.*

*Tal situación evidencia las limitaciones de la jurisprudencia constitucional en términos emancipatorios y las limitaciones del sistema jurídico para lograr una mayor ampliación del modelo democrático en términos de reconocimiento de diversas formas de vida. Ante tal escenario se plantea como alternativa la necesidad de recurrir a un nuevo arreglo institucional y de otro lado la ampliación de formas de lucha a otros espacios tanto al interior como al exterior de los mismos sistemas.*

Siguiendo a Mejía Quintana en ésta investigación se parte del supuesto de que la norma básica – como equivalente conceptual – se constituye en el punto arquimédico que permite articular teoría jurídica, filosofía política y sociología del

derecho<sup>8</sup> o visto desde otro punto de vista, la relación entre norma básica fundante y hecho fundante básico es el problema de la relación entre ética, poder y derecho,<sup>9</sup> luego la explicación de la validez debe hacerse necesariamente desde la interdisciplinariedad.

Metodológicamente el problema de la validez del derecho ha sido abordado básicamente desde estudios estructurales disciplinares que han privilegiado las respuestas a los problemas de la validez desde la dimensión interna. A continuación se realizará un acercamiento metodológico que permita contextualizar el problema de la validez del derecho en principio desde la teoría jurídica, y luego desde la concepción autopoiética del derecho.

Según la visión de la teoría jurídica cuando se indaga por la existencia y validez de una norma, la primera respuesta viene dada por la pertenencia de dicha norma a un sistema jurídico. Así, el mismo Kelsen inicia su “Teoría General del Derecho y el Estado” afirmando que “El derecho es un orden de la conducta humana. Un “orden” es un conjunto de normas que tienen el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a una norma aislada. Las relaciones entre las normas de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Únicamente sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un ordenamiento jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho.”<sup>10</sup>

Aunque dicha concepción del orden jurídico no es pacífica toda vez que parte más de intuiciones que de certezas<sup>11</sup>, dicha naturaleza sistemática del ordenamiento

---

<sup>8</sup> Mejía Quintana Oscar, “La norma básica como problema iusfilosófico”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003. Página 4.

<sup>9</sup> Peces Barba, Gregorio. *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Fontamara: México 2000.

<sup>10</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General Del Derecho y El Estado*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2ª ed., 1995, p 3.

<sup>11</sup> Alchourron, Carlos E y Bulygin Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. En “Sobre el Concepto de Orden Jurídico”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393 - 407.

jurídico permite abordar problemas trascendentales para la teoría del derecho tales como el de la validez de las proposiciones normativas y el de la naturaleza y el concepto mismo del derecho.

A efectos de establecer el marco conceptual general de la discusión que se plantea se seguirá la exposición de Carlos Santiago Nino sobre los sistemas jurídicos, en tal sentido se aceptará - aunque dicha conceptualización es de suyo polémica-, que el sistema jurídico es un sistema normativo reconocido (generalmente como obligatorio) por ciertos órganos que el mismo sistema estatuye, y que regula las condiciones en que esos órganos pueden disponer la ejecución de medidas coactivas en situaciones particulares, recurriendo al monopolio de la fuerza estatal.<sup>12</sup> Dicha caracterización del sistema pone sobre la mesa por lo menos tres interrogantes: i) ¿cómo se caracteriza un sistema jurídico?, ii) ¿Cuándo una norma pertenece al sistema jurídico? y iii) ¿Cuándo un sistema jurídico existe?<sup>13</sup>

Siguiendo a Hart, Nino señala que todo sistema jurídico es en principio un sistema normativo que se distingue de los demás sistemas normativos por prescribir sanciones, aunque no todas sus reglas establezcan sanciones; sin embargo dichos rasgos no son suficientes para determinar cuándo nos encontramos frente a un sistema jurídico, toda vez que la misma moral se constituye como un sistema normativo que eventualmente impone sanciones o regula el uso de la fuerza. Por ello Hart llega a la conclusión que todo sistema jurídico se caracteriza por contar con reglas secundarias, que son aquellas reglas que ofrecen certeza sobre las normas que rigen en una sociedad, como la regla de reconocimiento, otorgan competencias para modificar las normas existentes, tales como las reglas de

---

<sup>12</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983, pp 101 – 156.

<sup>13</sup> Con algunas diferencias entre los autores dichos interrogantes básicos deben ser resueltos para poder dilucidar el tema de los sistemas jurídicos. Al respecto ver Joseph Raz, *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. Páginas 18 y sig.

cambio y reglas que otorgan la facultad a ciertos órganos para tomar decisiones en casos particulares, como es el caso de las reglas de adjudicación.<sup>14</sup>

Tal característica distintiva del sistema jurídico permite hablar de un carácter profundamente institucionalizado del mismo, que se evidencia en la existencia de órganos encargados de la producción de las reglas, de la aplicación de las reglas y de la ejecución de las medidas coactivas. En el marco de tal institucionalidad son los órganos encargados de la aplicación quienes decidirán sobre la pertenencia de las normas al sistema e incluso de la misma existencia del sistema, característica que es central para el presente trabajo y que se desarrollará en extenso en los capítulos dos y tres.

Ahora bien, existen particularmente dos criterios de pertenencia y de individualización de los sistemas jurídicos. A continuación se presentarán los criterios de pertenencia de las normas a los sistemas jurídicos, siguiendo la exposición de Carlos Santiago Nino.

El primero define la pertenencia al sistema de las normas derivadas de la siguiente forma: *“una norma pertenece a un sistema jurídico cuando el acto de dictarla está autorizado por otra norma que pertenezca al sistema jurídico en cuestión”* esto es, **a** pertenece a un sistema **X** si **b** autorizó **a** y **b** pertenece igualmente a **X**.

El segundo está asociado a la pertenencia al sistema de las normas no derivadas: Generalmente los criterios de pertenencia de normas no derivadas corresponden con los criterios de individualización de los sistemas jurídicos, la pregunta entonces es ¿Cuándo estamos frente a un sistema jurídico y cuando frente a otro?

Para resolver tal interrogante existen diferentes criterios que se procede a exponer: (i) *Criterio territorial*: Este criterio señalaría que los sistemas jurídicos pueden distinguirse por la adscripción de las normas que se aplican en ellos a un determinado territorio. Sin embargo dicho criterio no es acertado, pues

---

<sup>14</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983, pág 106.

generalmente el territorio mismo es un concepto jurídico, lo cual implicaría en principio determinar el sistema jurídico al que pertenece determinado territorio; (ii) *Origen del legislador*: Según este criterio una norma pertenece al sistema jurídico cuando ha sido dictada por el mismo legislador, es decir un sistema jurídico está conformado por las reglas dictadas por el mismo legislador. Sin embargo dicho criterio tampoco resulta convincente pues ante el cambio de legislador se produciría un cambio en el sistema jurídico, a pesar de estar compuesto por todas las reglas dictadas por el antecesor. (iii) *Criterio basado en el reconocimiento de los órganos primarios*: Este criterio señala que lo decisivo para otorgar unidad a un grupo de normas y para determinar la pertenencia de las mismas, es el reconocimiento por parte de los jueces. Sin embargo este criterio no es satisfactorio porque (a) no resuelve exitosamente la caracterización de dichos órganos en el sentido de la competencia con la que cuentan para ejecutar el reconocimiento, pues para identificar a los jueces generalmente se recurre a normas de competencia del sistema, adicionalmente (b) no hay un criterio claro de unificación de los diferentes órganos primarios, debiéndose recurrir de nuevo a las normas del sistema que obligan al respeto de las decisiones judiciales, con lo cual se vuelve circular el argumento, y finalmente (c) el tercer gran problema consiste en determinar las condiciones en que pueden decidirse que una regla es reconocida por tales órganos. (iv) *El criterio de la norma básica fundamental*: Este criterio surge frente al límite del principio de derivación, razón por la cual Hans Kelsen plantea la necesidad de acudir a una norma no positiva, esto es, un presupuesto epistemológico o hipótesis de trabajo a la que deben recurrir los teóricos del derecho para explicar el funcionamiento no real del sistema jurídico. En este contexto teórico los sistemas jurídicos se diferenciarían por tener diferentes normas básicas fundamentales, las cuales no son arbitrarias pues se formulan solo para los sistemas generalmente eficaces. Tal criterio tiene reparos importantes que serán tratados más adelante. (v) *Criterio de la regla de reconocimiento*: Según este criterio una norma pertenece al sistema jurídico cuando su aplicación está prescrita por la regla de reconocimiento de ese sistema

jurídico, y los mismos sistemas se diferencian por tener distintas reglas de reconocimiento que prescriben aplicar sus respectivas normas. Dicha regla no es un presupuesto ni una hipótesis, sino que es una práctica social. Tal criterio sin embargo tiene reparos que van de la mano al igual que en Kelsen de la individualización de la regla básica o de reconocimiento como se expondrá adelante.

Después del estudio de tales alternativas Nino llega a la siguiente conclusión *dos normas no derivadas pertenecen al mismo sistema jurídico cuando ellas son reconocidas (sea directamente o a través de prácticas generales de reconocimiento) por órganos que están en condiciones de disponer medidas coactivas recurriendo a la misma organización que ejerce el monopolio de la fuerza estatal*. Con lo cual se cumpliría con los requisitos de individualización y pertinencia de los sistemas jurídicos.

La respuesta al tercer interrogante se orienta a dilucidar cuando se puede predicar la existencia de los sistemas jurídicos, lo cual se encuentra ligado a la pregunta por la validez de los sistemas. En este sentido sea lo primero señalar que la misma validez es un concepto polisémico o, incluso multidimensional.<sup>15</sup> El mismo Nino encuentra cerca de seis sentidos diferentes de la palabra validez en el ámbito jurídico, las cuales se imbrican,<sup>16</sup> y condicionan, sin mencionar el sustrato semántico que va de la mano de definición de la palabra para diferentes disciplinas sociales. Así el mismo Max Weber distinguió entre la validez ideal o normativa (plano del deber ser) y la validez empírica de raigambre sociológica

---

<sup>15</sup> Henkel, H., *Einführung in die Rechtsphilosophie*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 164, citado por Fariñas Dulce, María José. *El problema de la validez jurídica*, Madrid: 1991, pag. 24.

<sup>16</sup> Nino encontraría las siguientes definiciones: (i) decir que una norma es válida es equivalente a decir que el sistema al que pertenece existe, (ii) decir que la norma es válida implica decir que ella constituye una razón para justificar la acción, su obligatoriedad, (iii) decir que la norma es válida es decir que hay una norma que declara que su aplicación es obligatoria, (iv) decir que una norma es válida es decir que ha sido expedida por la autoridad competente o sea, ha sido autorizada por otras normas, (v) decir que una norma es válida cuando pertenece a cierto sistema jurídico y (vi) cuando se dice que una norma es válida quiere decir que tiene vigencia o que es eficaz. Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983, pag 132.



(plano del ser).<sup>17</sup> Tal distinción entre validez normativa y validez empírica será determinante para la distinción entre la norma básica fundamental y la regla de reconocimiento.

A pesar de tal dificultad, una diferencia fundamental está dada por la inclusión o no del concepto de justificabilidad o fuerza obligatoria de la norma o sistema como parte del concepto.<sup>18</sup> Así cuando se utiliza el concepto de validez haciendo alusión a la obligatoriedad de la norma se está utilizando un criterio normativo de validez, y cuando no se asocia el significado de la validez a la obligatoriedad sino a la vigencia de la norma, pertenencia de la norma a un sistema o a la existencia de una cadena de subordinación, se está utilizando un criterio de validez descriptivo.

Ahora bien, a partir del tránsito del Estado Liberal al Estado social de derecho, y como consecuencia del cambio en la dimensión funcional del sistema jurídico se generan nuevas corrientes teóricas para explicar el funcionamiento de la sociedad. Así aparecen renovados estudios que explican el funcionamiento de la sociedad en cuanto sistema y no en cuanto estructura. Adicionalmente estos estudios parten que para comprender adecuadamente el funcionamiento de la sociedad en general y de los subsistemas, entre ellos, el sistema jurídico, no basta la simple explicación históricamente disciplinar – en este caso la nacida de la disciplina jurídica - de hecho los avances más importantes en el derecho moderno y posmoderno van de la mano del aporte de diferentes disciplinas, lo cual en el caso del derecho es consecuencia de las mismas dificultades de las corrientes estructuralistas y particularmente del normativismo para responder los problemas asociados a los cambios ocasionados en la posguerra.

En América Latina este desplazamiento ha implicado la recepción de varias corrientes de pensamiento jurídico inscritas en tradiciones divergentes propias de

---

<sup>17</sup> Weber, Max, *Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen* (Mohr Siebeck), 1972, pág 16; y *Rechtssoziologie*, edición de J. Winckelmann, Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied, 1960, página 54, citado por Fariñas Dulce, María José. *El problema de la validez jurídica*, Madrid: 1991, pag. 25.

<sup>18</sup> Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983, pág. 134

los países centrales: el enfoque del uso alternativo del derecho proveniente de Italia y España; la perspectiva del derecho como sistema social autorreferente de Luhmann y Teubner; los avances críticos norteamericanos representados por el movimiento *Law & Society*, los *Critical Legal Studies* y la *Feminist Jurisprudence*; a los que se suma la aproximación neoconservadora de *Law & Economics*, y las teorías reconstructivas de Ronald Dworkin, Robert Alexy y Jürgen Habermas.<sup>19</sup>

A efectos de avanzar en la construcción del marco metodológico que permita abordar el problema objeto de estudio, y una vez hechas las menciones anteriores desde la teoría jurídica será preciso mencionar la visión sistémica autopoietica que nace desde la sociología y no abandona su pretensión positivista.

Originalmente Talcott Parsons,<sup>20</sup> plantea la existencia de tres sistemas empíricos de acción; el personal, el sistema social, y finalmente el sistema cultural. “Según Parsons el comportamiento humano tiene lugar de un modo reglado, posee una estructura y forma con ello un sistema.”<sup>21</sup> Por ello sostiene que la estructura de los sistemas sociales está conformada por normas sociales y su estabilidad depende del consenso de los participantes, esta concepción forma la base de su teoría.

La relación entre sistemas sociales e individuos tienen lugar a través de los mecanismos de integración constituidos por la socialización y el control social. El primer sistema social será el formado por la interacción entre dos personas, y es sistema propiamente, pues ya contiene valores estructurales, roles y una colectividad. ¿Cómo se diferencia el sistema social del sistema de interacción simplemente? Se diferencian porque en el sistema social se da una creciente diferenciación estructural y funcional, y por la institucionalización de valores con carácter general. Para este autor será fundamental la estabilidad del sistema, y en

---

<sup>19</sup> Mielles, Fabian Ernesto. El sistema de derecho judicial. Una lectura sociológica. Tesis de Maestría. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

<sup>20</sup> Bullesbach, Alfred. “Enfoques de teoría de sistemas” en Arthur Kafmann (ed) El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid: Editorial Debate, 1992. Página 323.

<sup>21</sup> Bullesbach, Alfred. “Enfoques de teoría de sistemas” en Arthur Kafmann (ed) El pensamiento jurídico contemporáneo. Madrid: Editorial Debate, 1992. Página 323

este sentido los mecanismos de integración jugaran un papel fundamental; la socialización reproduce el carácter social, y el control social que restablece la adaptación de las motivaciones del individuo a las exigencias del sistema y las expectativas ligadas a roles.

Parsons define los sistemas empíricos – personal, social y cultural – por la interacción entre las partes y los elementos, y la sociedad por medio de las categorías normativas, pues Parsons acepta en últimas que el comportamiento de los individuos obedece a reglas culturales, luego construye así una teoría normativista.

La reformulación de la de la sociedad organizada y concebida como sistema, va particularmente de *Niklas Luhmann* desde el funcional-estructuralismo. Oscar Mejía Quintana<sup>22</sup> plantea el contexto teórico del paradigma autopoietico y sus implicaciones en el contexto de la filosofía práctica y señala que el problema de las actuales sociedades es refundamentar una concepción alternativa de legitimidad que permita a su vez refundar los ordenamientos jurídico-políticos. Durante todo el siglo XX se dio un constante proceso de racionalización, que no solo se quedó en la etapa instrumental sino que devino en funcional, pero manteniéndose la dicotomía entre legalidad y legitimidad, acorde a la visión sistémica estructural funcional primero y funcional estructural de la sociedad después, consecuentemente manteniendo un concepto de legitimidad funcional, propia de la racionalidad de este siglo.

La crítica a la construcción de Parsons se enfoca a la relación entre las partes y el todo y la primacía del concepto de estructura,<sup>23</sup> en este sentido Niklas Luhmann considera que los sistemas sociales son interrelaciones de sentido entre acciones sociales, de forma tal que “la diferencia entre lo interno y lo externo constituye el

---

<sup>22</sup> Mejía Quintana, Oscar. “Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica” en: *Ideas y Valores* (Nº 113), Bogotá: Departamento de filosofía (Universidad Nacional de Colombia) Páginas 45 – 70.

<sup>23</sup> *Ibíd.* Página 325

sistema”.<sup>24</sup> Por ello la referencia funcional se da entonces entre lo interno y lo externo que a su turno constituye la complejidad. Esta complejidad debe ser reducida para que las acciones puedan orientarse, y se reduce mediante la formación de sentido y sistema, luego, mediante un proceso de selección entre lo interior y lo exterior. En este escenario el paradigma autopoietico nace de una reinterpretación de la ilustración, que deviene en un enlace entre la teoría de la racionalidad sistémica con una teoría de la sociedad sistémicamente estructural. Consecuentemente la racionalidad sistémica que plantea es entendida en primer lugar producto de un funcionalismo sistémico más dinámico, el cual entiende la complejidad como una totalidad viva, en constante movimiento y adaptación. Esta nueva racionalidad sistémica es caracterizada por las siguientes categorías: complejidad, constricción, procesalización y finalmente autopoiesis.

La problemática entonces más seria que debe afrontar toda disciplina social es la contingencia, la que solo es reducida mediante la complejidad, por ello la formación de sistemas sociales se logra por reducción de su propia complejidad<sup>25</sup> luego es algo que se hace desde el interior, y que se realiza mediante una selección selectiva, esto es, la existencia de operaciones a partir de las cuales se realiza la selección.<sup>26</sup> Según este autor, el derecho no es simplemente un conjunto de normas. En esta perspectiva, el derecho debe ser concebido como un sistema de operaciones jurídicas autorreferencial y autopoietico. En tal sentido Mejía afirma que la “función de la norma debe entenderse como reducción de la complejidad social en el dominio de la conducta inter-humana”<sup>27</sup>. Es importante señalar que Luhmann deja fuera la discusión acerca de los contenidos axiológicos dentro del derecho, esto, pues los contenidos axiológicos y la moral conformarían

---

<sup>24</sup> Ibídem. Página 325.

<sup>25</sup> Mejía Quintana, Oscar. “Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica” en: Ideas y Valores (Nº 113), Bogotá: Departamento de filosofía (Universidad Nacional de Colombia) Páginas 55.

<sup>26</sup> Luhmann, Niklas, “*La clausura operativa del sistema del derecho*” (VIII y IX) en El derecho de la sociedad, México: universidad Iberoamericana, 2002, página 97.

<sup>27</sup> Mejía Quintana, Oscar. “Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica” en: Ideas y Valores (Nº 113), Bogotá: Departamento de filosofía (Universidad Nacional de Colombia) Páginas 58.

un sistema propio con un código propio para la clasificación y selección de la complejidad. A su turno el sistema político cumple la función de selección política y tematización de los intereses fundamentalmente mediante la comunicación, en donde lo político se definirá por lo que ya posee relevancia política, por ello este sistema se caracteriza por ser auto-referencial. En Luhmann la moral se estudia desde la ética, lo que implica la construcción de un código propio, que aunado a la auto-referencia propia de los otros sistemas sociales, dejaría como consecuencia la amoralidad de los sistemas sociales restantes. Con lo cual buena parte de la discusión política queda limitada.

Para Luhmann la validez del sistema jurídico no es ninguna condición a priori del conocimiento jurídico, por el contrario "...la validez es solo la forma en la que las operaciones hacen referencia a su participación en el sistema, ya que están adjudicadas al contexto de otras operaciones del mismo sistema desde el momento en que lo reproducen. La validez es la forma en la que se participa de la unidad del sistema." Luhmann tampoco considera la validez en el sentido kelseniano o Hartiano como una norma fundamental o regla de reconocimiento, la validez no es norma sino forma,<sup>28</sup> y precisamente un símbolo de asociación que va de ajeno a todas las operaciones, luego no se puede validar de manera puntual, sino solo de manera recursiva: recurriendo al recurso del derecho válido.<sup>29</sup> Con lo cual la validez queda reducida por completo a una circularidad.

Finalmente se señala que esta nueva racionalidad sistémica se condensará en una concepción autopoietica de la democracia<sup>30</sup> en tanto sistema de sistemas cuya función de auto-adaptación le impone la obligación de reducción de la complejidad, prefigurando las alternativas que permitan reducir la contingencia y conflictos sociales, no desde lo que la sociedad requiera, sino desde lo que el

---

<sup>28</sup> Luhmann, Niklas, "*La clausura operativa del sistema del derecho*" (VIII y IX) en El derecho de la sociedad, México: universidad Iberoamericana, 2002, página 160.

<sup>29</sup> *Ibíd*em, página 162.

<sup>30</sup> Mejía Quintana, Oscar. "Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica" en: Ideas y Valores (Nº 113), Bogotá: Departamento de filosofía (Universidad Nacional de Colombia) Páginas 68.

sistema está dispuesta a brindar. En este sentido el Estado de Derecho pasa a ser un regulador sistémico de la sociedad y el derecho un reductor de la complejidad jurídica, pero sin elementos de corrección material, que en últimas es la constante en las visiones de Kelsen, Weber, Parsons y Luhmann, último autor quien replantea la crisis de legitimidad oponiendo una auto-legitimación autopoietica de cada sistema y del sistema social en su conjunto, gracias a la auto-regulación sistémica del sistema prototípico jurídico en su estrecha relación sistémico-funcional con el sistema político.<sup>31</sup>

Siguiendo con la misma línea Gunter Teubner<sup>32</sup> complementará la propuesta de Luhmann planteando la necesidad de concebir el derecho como un hiperciclo autopoietico fundado en una validez autorreferencial.<sup>33</sup> Teubner señala tres momentos en el desarrollo de un sistema jurídico, (i) el derecho socialmente difuso, (ii) un segundo momento del derecho parcialmente autónomo y (iii) un tercer momento del derecho autopoietico. El derecho en su desarrollo está caracterizado por algunos momentos: 1. Auto observación, 2. Autodescripción, 3. edificación de estructuras sistémicas propias, y 4. Autorregulación. Para Teubner, los cuatro momentos anteriores corresponden a lo que en Hart son las reglas primarias, las reglas secundarias y, especialmente el momento de la autoorganización, el de la regla de reconocimiento.<sup>34</sup> Posteriormente vendrían los siguientes momentos; 5. Auto producción, 6. Auto reproducción, 7. Auto conservación y 8. Autopoiesis.

Después de éstas metodológicas aclaraciones sobre las perspectivas que hoy se pueden abordar para dar cuenta del funcionamiento de los sistemas jurídicos, se

---

<sup>31</sup> Mejía Quintana, Oscar. "Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica" en: Ideas y Valores (Nº 113), Bogotá: Departamento de filosofía (Universidad Nacional de Colombia) Páginas 68.

<sup>32</sup> Teubner, Günter, "La nouvelle auto-référentialité" en Le Droit: un Système Auto-poïétique, Paris : PUF, 1993, pp 25-42.

<sup>33</sup> Mejía Quintana, Oscar. "Autopoiesis, legitimidad funcional y democracia sistémica" en: Ideas y Valores (Nº 113), Bogotá: Departamento de filosofía (Universidad Nacional de Colombia) Páginas 13.

<sup>34</sup> *Ibidem*. Página 14.

hará preciso establecer el itinerario que se seguirá para abordar el problema investigativo antes descrito.

A efectos de ilustrar la hipótesis mencionada a partir del discurso tradicional de la teoría jurídica se buscará explicar el fenómeno de la validez de las normas que componen el sistema jurídico (desde el punto de vista interno), con miras a describir puntualmente los contextos originales de producción teórica de la norma básica fundamental o regla de reconocimiento. En lo que sigue se hará una presentación del problema de validez jurídica a partir de los diferentes paradigmas jurídicos que considero son explicativos del fenómeno jurídico en la actualidad, partiendo del fracaso del positivismo para dar adecuada cuenta del problema de la validez del derecho, fracaso asociado en principio al desconocimiento de los criterios materiales de validez como elementos fundamentales en el marco de las relaciones existentes entre derecho, moralidad y eficacia.

Frente a las aporías del positivismo para explicar la relación entre derecho y realidad, y particularmente frente a la excluyente separación entre derecho y moral sostenido históricamente por dicha corriente, se expondrá el intento de superación de la mano de Robert Alexy a partir de su criterio triádico de validez, el cual sostiene la interdependencia entre derecho, moral y política, señalando la importancia de la corrección material como elemento esencial del concepto de validez jurídica así como los mínimos de eficacia social.

Posteriormente se expondrá el paradigma interpretativo, particularmente en cabeza de su autor más representativo, Ronald Dworkin quien construye una teoría interpretativa del derecho en franca oposición particularmente a la apuesta Hartiana, y replantea la relación entre derecho y moralidad política para resolver los problemas prácticos. En este sentido se expondrá la tesis central de este autor según la cual los casos difíciles son resueltos en el marco de la discusión sobre derechos y obligaciones apelando a los principios, lo cual ha sido imposible de

explicar por el positivismo jurídico sin renunciar a teorías como la de la regla de reconocimiento. Así este autor planteará que la incorporación de los principios de la moralidad política es condición necesaria de la validez jurídica.

Para finalizar el abordaje del problema de la validez jurídica se reconstruirán las apuestas teóricas de Rawls y Habermas. El primero que entiende que la validez del derecho no depende de una norma fundamental vacía y presupuesta, o de unos contenidos mínimos de derecho natural, sino de unos principios de justicia definidos a través de un proceso de consensualización que garantice en su estructura la autonomía de las partes y la pretensión de universalidad de sus contenidos. Y el segundo que desarrolla una crítica al positivismo jurídico y particularmente a su idea de validez la cual considera insuficiente y errónea, por desconocer el componente de legitimidad o justicia inmanente a toda validez, por no tener en cuenta el “momento de indisponibilidad que se contiene en la pretensión de legitimidad del derecho”.<sup>35</sup> Así Habermas replanteará el problema de la validez jurídica al entender que el mismo está atravesado por el problema de la democracia en el marco de los actuales Estados de Derecho.

Posteriormente se planteará el debate en torno a la defensa de la constitución para evidenciar el funcionamiento de los procesos de adjudicación constitucional en el sistema jurídico colombiano, y lograr apreciar el papel central que juegan los tribunales constitucionales, y en el caso colombiano, la corte constitucional, en la determinación del derecho válido. Así mismo se tratarán las críticas más importantes a la actividad adelantada por el tribunal y en general se describirá el contexto actual de la discusión acerca de la legitimidad del tribunal constitucional, su papel en la definición del derecho y la relación que se construye entre derecho y democracia.

---

<sup>35</sup> García Amado, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia. 2005. Pág. 25.



Se finalizará con una lectura interdisciplinaria que pretenderá caracterizar los criterios materiales de validez contenidos en la norma fundamental colombiana, a través del análisis de la constitución política y sus desarrollos jurisprudenciales, para realizar una crítica a la actividad de los tribunales constitucionales en cuanto a sus limitaciones como órganos emancipatorios en el sistema jurídico – político colombiano y las limitaciones del mismo sistema jurídico para lograr una mayor ampliación del modelo democrático en términos de reconocimiento de diversas formas de vida. Ante tal escenario se planteará como alternativa la necesidad de recurrir a un nuevo arreglo institucional y de otro lado la ampliación de formas de lucha a otros espacios tanto al interior como al exterior de los mismos sistemas. Se cerrará con las conclusiones al proceso de investigación adelantado.

## CAPÍTULO I EL PROBLEMA DE VALIDEZ DEL DERECHO

### Introducción

En el presente capítulo se hará una presentación del problema de validez jurídica a partir de los diferentes paradigmas jurídicos que considero son explicativos del fenómeno jurídico en la actualidad, haciendo énfasis en los contextos originales de producción teórica de la norma básica fundamental y la regla de reconocimiento. Como un intento de superación frente a las aporías del positivismo se expondrá el intento de superación de la mano de Robert Alexy a partir de su criterio triádico de validez, el cual sostiene la interdependencia entre derecho, moral y política.

Como complemento de la reflexión de la validez positivista y de su intento de superación se expondrá el paradigma interpretativo, particularmente en cabeza de su autor más representativo, Ronald Dworkin quien plantea la incorporación de los principios de la moralidad política como condición de la validez jurídica, para finalizar con las apuestas desde la teoría de la justicia de Rawls que entiende que la validez del derecho no depende de una norma fundamental vacía y presupuesta, o de unos contenidos mínimos de derecho natural, sino de unos principios de justicia definidos a través de un proceso de consensualización que garantice en su estructura la autonomía de las partes y la pretensión de universalidad de sus contenidos, y la apuesta de Habermas quien replantea el problema de la validez jurídica al entender que la misma está atravesada por el problema de la democracia en el marco de los actuales Estados de Derecho.

En este contexto se sostendrá que como ***equivalente conceptual*** la norma básica surgida en el contexto del positivismo jurídico es una herramienta conceptual que

permite abordar el problema de justificación y la obligatoriedad del derecho de los sistemas jurídicos complejos, el cual solo se resuelve con la inclusión de criterios materiales y no solamente formales en la determinación del derecho válido, criterios materiales que superan la mera moralidad política, y la consensualización para establecer una estrecha relación entre derecho y democracia.

## 1. SOBRE EL CONCEPTO DE VALIDEZ EN EL POSITIVISMO

Sea lo primero señalar que la teoría kelseniana está incrustada en el proceso de racionalización occidental, como consecuencia del cambio de la sociedad tradicional premoderna, a la sociedad moderna propiamente dicha. Esta nueva sociedad se caracteriza porque la acción social, no está orientada a valores, sino a fines, lo que es propio de una orientación capitalista. Esta racionalización también se dio en el campo del derecho, que a su turno permitió la institucionalización de esta acción racional individual.<sup>36</sup> En este contexto, el derecho adquiere una nueva dimensión, y es precisamente como medio organizativo de la sociedad capitalista. Se supera entonces el pensamiento mágico mediante métodos de indagación de la verdad, surgen conceptos modernos como la responsabilidad, el derecho es concebido como un sistema, y se da una diferenciación progresiva entre el derecho y la moral.

Ahora bien, el ideal de Kelsen era la “pureza metódica” para lo cual parte de la teoría kantiana del conocimiento y de la reformulación de la misma llevada a cabo por los autores de la *Escuela de Marburgo*, especialmente Hermann Cohen.<sup>37</sup> En este sentido Kelsen pretendía liberar a la ciencia jurídica de todos los elementos

---

<sup>36</sup> Mejía Quintana, Oscar. “La norma básica como problema iusfilosófico”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003 Página 4.

<sup>37</sup> Fariñas Dulce, María José. *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas, 1991. página 43

extraños.<sup>38</sup> Así el derecho debe ser concebido desde la perspectiva del “deber ser” (*sollen*) separándolo radicalmente del mundo del “ser” (*sein*).

¿Qué entiende Kelsen por validez? Kelsen señala que “con la palabra “validez” designamos la existencia específica de la norma”<sup>39</sup> y en su Teoría General del Derecho y del Estado puntualizó que “decir que una norma es válida equivale a declarar su existencia o – lo que es lo mismo – a reconocer que tiene “fuerza obligatoria” frente a aquellos cuya conducta regula”.<sup>40</sup> Tal concepción es confirmada en diferentes escritos del jurista vienes, con lo cual no hay duda de que Kelsen sostiene un criterio normativo de validez, toda vez que el término validez para este autor implica la obligatoriedad de la norma de la cual se predica.

Una de las preocupaciones fundamentales de Kelsen es demostrar que la validez de la norma no se identifica con el acto de su creación y que, por tanto, el concepto de validez por él defendido no es concepto empírico o fáctico, ahora bien ¿Por qué una norma jurídica es obligatoria? Pues a efectos de no recurrir al mundo del “seis” Kelsen se ve en la obligación de crear una ficción “la norma básica fundamental”.

La teoría kelseniana de la validez y de la norma básica fundante en particular es una apuesta por responder desde la teoría pura al problema de la validez jurídica, sin tener que depender de un sustento ético, ni de la eficacia misma.<sup>41</sup> Para el cumplimiento de este objetivo – siguiendo a Mejía Quintana – Kelsen recurre a dos condiciones fundamentales a priori del conocimiento jurídico: *la existencia de una*

---

<sup>38</sup> Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*, cit., pág. 15. Citado por Fariñas página 44.

<sup>39</sup> Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México: 1982. 2da Edición. Página 23.

<sup>40</sup> Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México: 1995. 2da Edición. Página 35.

<sup>41</sup> Mejía Quintana, Oscar. “La norma básica como problema iusfilosófico”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003 Página 6.

*norma fundamental, y una organización piramidal que responda al principio de jerarquía.*<sup>42</sup>

Kelsen afirma que el fundamento de la validez de una norma sólo puede encontrarse en otra norma, con un carácter lógicamente superior a la norma de la que se alega su validez. Sin embargo para no proseguir hasta el infinito, manifiesta la necesidad de concluir en la existencia de una norma suprema, última. Por ello Mejía Quintana afirma que “la norma fundamental es concebida como una especie de condición vacía que concreta igualmente los dos postulados básicos de la teoría kelseniana: la pureza metódica y la neutralidad axiológica”,<sup>43</sup> es desde el mismo derecho, desde la misma norma que se responde al intrincado problema de la validez de las normas jurídicas, luego “el problema de validez del derecho no se resuelve – desde ésta perspectiva – sino que es absolutamente tautológico”.<sup>44</sup>

En igual sentido criticaría Alf Ross<sup>45</sup> quien considera que en la medida en que la norma fundamental recurre al sistema que pretende explicar, existe una descripción circular que va del derecho a los hechos, y de los hechos al derecho. Aún más, Kelsen soluciona el problema de la validez y el de la pertenencia de las normas al sistema a través de la cadena de derivación, lo cual ha permitido catalogar el criterio de validez kelseniano como descriptivo y no normativo, esto pues el criterio de derivación bien puede servir para determinar cuándo una norma pertenece al sistema pero no para determinar su validez, esto es, su obligatoriedad, incurriendo en una clara contradicción, pues si efectivamente la validez equivale a la obligatoriedad ¿Qué ocurriría cuando las normas válidas de un sistema reconocen como obligatorias las reglas pertenecientes a otro sistema,

---

<sup>42</sup> Kelsen, Hans. “*El fundamento de la validez de un orden normativo: la norma fundante básica*”. Teoría Pura del Derecho. México: Porrúa, 1997 (1960) página 208.

<sup>43</sup> Mejía Quintana, Oscar. “La norma básica como problema iusfilosófico”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003 página 6.

<sup>44</sup> Friedrich. C. J. *Filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 1997 página 251.

<sup>45</sup> Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia* (traducción de On Law and Justice (1958) por G.R. Carrió), Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977, página 68 y 69, citado en Rodríguez. Op. Cit, p 155.

o que pasaría con las normas inconstitucionales o las sentencias contra ley que serían obligatorias, esto es, válidas pese a no seguirse la cadena de derivación? Esto simplemente prueba que el criterio de derivación es insuficiente para dar cuenta de la validez, cuando se está en presencia de normas obligatorias que violan dicho principio y a pesar de ello son aplicables como los eventos contenidos en el interrogante.<sup>46</sup>

Kelsen señala la existencia de dos principios de los sistemas jurídicos: el estático y el dinámico. El sistema jurídico en el cual las normas valen por su contenido, en cuanto puede ser referido a la norma fundante básica es un sistema que funciona con un principio estático, y el sistema en el cual las normas no derivan su validez del contenido de la norma fundante, funcionan a partir de un principio dinámico.<sup>47</sup> En la teoría pura el sistema jurídico funciona a partir del principio dinámico, es decir, las normas son válidas en la medida en que son producidas siguiendo la forma y por la autoridad previstas por otra norma de ese mismo orden<sup>48</sup>, por ello mismo no puede existir ninguna norma absolutamente evidente, pues la norma fundante solo puede prestar el fundamento de la validez, pero no el contenido válido de las normas en ella fundada.<sup>49</sup>

Esta norma (*Grundnorm*) tiene algunas características particulares que es importante señalar. En primer lugar, la norma fundamental es completamente neutral por lo que respecta a su contenido.<sup>50</sup> En segundo lugar es **presupuesta**, no impuesta.<sup>51</sup> Esta es la fuente de validez de todas las normas pertenecientes al orden jurídico, así la norma fundante implica la instauración del hecho fundante de la producción del derecho, y puede ser designada como la constitución en un

---

<sup>46</sup> Fariñas, obra citada. Páginas 60 y 61

<sup>47</sup> Kelsen. Op. Cit, p 203.

<sup>48</sup> Rodríguez Villabona, Andrés Abel. *¿Es necesaria una norma por encima del sistema jurídico? Las teorías de la norma básica de Kelsen y Hart.* En Pensamiento Jurídico No. 16. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia 2006. página 150.

<sup>49</sup> Kelsen. Op. Cit, p 204

<sup>50</sup> ALEXY, Robert. "La validez del derecho". Concepto y Validez del Derecho. Barcelona: Gedisa, 1994. p 104.

<sup>51</sup> Kelsen. Op. Cit, p 202.

sentido lógico jurídico. La norma fundamental es entonces el punto de inicio en la producción del derecho positivo.<sup>52</sup>

Kelsen manifiesta que la norma fundante básica se refiere a una determinada constitución; no es la constitución pero si constituye la condición lógico-trascendental para la interpretación objetiva de las normas que conforman la constitución, en este sentido la finalidad de la norma fundamental es darle validez objetiva al orden jurídico positivo, siendo tan solo una **norma pensada**, que además constituye la unidad dentro de la multiplicidad de normas que conforman el mismo orden jurídico. “La fundamentación de la validez de una norma positiva que obliga a determinada conducta, se efectúa con un procedimiento silogístico.”<sup>53</sup> Pero ¿Cómo esta norma carente de contenido, presupuesta, no pensada, vacía, puede ser efectivamente la puerta de la producción jurídica? Evidentemente siendo tan importantes las tareas a ella asignada, esta construcción aparentemente alejada de toda consideración ética queda debilitada, lo que lógicamente conduciría a que el propio Kelsen renunciara a defender tal doctrina como originalmente fuera expuesta para aceptar que ella verdaderamente constituye una ficción.

En síntesis, la norma fundante pone fin a la pregunta sobre el fundamento de la validez del derecho, no es una norma positiva sino una condición precisa para que la ciencia del derecho no recurra a entes metafísicos para explicar la validez jurídica, luego no es producto de un acto de voluntad, no es una norma querida, y por último esta norma concede el poder de creación del derecho. Lo que, dicho sea de paso, aísla completamente la consideración del poder constituyente, con lo

---

<sup>52</sup> Sin embargo, la teoría de la norma básica fundamental no fue lineal en la obra kelseniana, en principio Kelsen caracterizó la norma básica como una hipótesis, no científica, no susceptible de verificación, sino una hipótesis lógico trascendental, con posterioridad en su obra de carácter póstumo, *Allgemeine Theorie der Normen*, abandona la caracterización de la Grundnorm como “hipótesis” para caracterizarla como “ficción” en el sentido de ser verdaderamente fingida, y en consecuencia contradictoria consigo misma, cambiando así su cualificación filosófica. Ver al respecto Calsamiglia, Albert. “sobre la teoría general de las normas” en *Doxa*, númk. 2, 1985, pág. 89.

<sup>53</sup> Kelsen. Op. Cit, p 210.

cual excluye el problema de la democracia, a pesar que algunos autores, consideren a este autor un demócrata convencido.<sup>54</sup> Si bien Kelsen no se propuso legitimar ningún orden político en concreto, ya que en principio teóricamente, la presunción que los juristas hacen de las *grundnorm* no implica una adhesión ideológica al sistema jurídico en cuestión sin embargo cae en el error de establecer un criterio que legitima cualquier poder político y, consiguientemente, cualquier derecho que consiga tener efectividad socialmente, ello pues según Amselek incurre en el error de identificar derecho válido con derecho obligatorio, lo cual refleja la herencia iusnaturalista de la que Kelsen pretende apartarse.<sup>55</sup>

A su turno, en cuanto a la relación entre validez y eficacia señala que efectivamente las normas del orden jurídico valen porque la norma fundante básica presupuesta es válida, y no por ser eficaz; pero aquellas normas solamente tienen validez cuando ese orden jurídico sea eficaz.<sup>56</sup> Por ello afirma que la eficacia es una condición de la validez, pero no se identifica con ella. Lo que no satisface la pregunta acerca de la eficacia de todo el ordenamiento, veamos.

La legitimidad de una norma perteneciente al orden jurídico está dada por la permanencia de la validez ininterrumpida de la misma, hasta tanto otra norma del mismo orden la de por terminada, o hasta que sea reemplazada por otra norma de este orden jurídico, fenómeno que está ligado estrechamente con la efectividad de la norma. Lo cual deja claro una idea de legitimidad absolutamente procedimental, con lo cual se aleja cada vez más el derecho de la realidad que pretende regular. En este mismo sentido, no existiría problema tratándose del análisis de normas individualmente consideradas o “aisladas” sin embargo, el problema viene cuando se piensa en la ineficacia de un sistema de manera general,<sup>57</sup> al cabo Kelsen resulta aceptando que tratándose de la validez de todo el sistema jurídico, el

---

<sup>54</sup> Arango, Rodolfo. “*Esencia y valor de la democracia según Kelsen: la actualidad de un clásico de la filosofía política*” En Hans Kelsen 1881-1973. Comp. Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.

<sup>55</sup> Fariñas Op. Cit. Página 85.

<sup>56</sup> Kelsen. Op. Cit, Página 224.

<sup>57</sup> Rodríguez. Op. Cit, Página 154.



sistema debe ser generalmente eficaz, luego la legitimidad estaría fuertemente afectada por la efectividad del sistema. Consecuentemente, la norma fundamental, sólo se puede explicar en el contexto de sistemas jurídicos en términos generales eficaces, entonces sólo son válidos si también son eficaces.<sup>58</sup> Esta situación es trascendental, pues indicaría que realmente Kelsen no pudo construir una teoría sin depender del “ser”, de los hechos, pues solo en unas condiciones determinadas de éstos - como la posibilidad de hacer cumplir las normas – se podría explicar la validez del orden jurídico. En conclusión Kelsen falla al explicar la relación entre facticidad y validez. Y no cumpliría una de las tareas básicas a ella asignada y es la de “posibilitar el paso de un ser a un deber ser”<sup>59</sup> por ello no lograría la transformación de categorías como fuera su pretensión original.

Finalmente, después de extender las consideraciones acerca de la norma básica fundante en el derecho internacional, Kelsen señala que la diferencia entre la teoría de la norma fundante básica y la doctrina del derecho natural, consiste en que la doctrina iusnaturalista busca el fundamento de la validez del derecho positivo en un derecho natural diferente del derecho positivo, y con un derecho con el cual el derecho positivo puede o no corresponder con su contenido, lo cual será tenido como criterio de validez o invalidez.<sup>60</sup> Sin embargo, si bien Kelsen no recurre a ningún principio o norma moral para la justificación de la norma fundante básica, lo que reitero, aleja la teoría pura de la realidad social que pretende regular, es víctima de la facticidad, o de la fatalidad determinada del ser, que limita de cierta forma la pureza de la teoría, y pone en duda la neutralidad de una teoría, que fundamentalmente corresponde a fenómenos vivos, como la realidad social, en constante modificación. Además permite la justificación de la soberanía, entendida como el gobierno no democrático por excelencia, toda vez, que limita la discusión política en el campo del derecho.

---

<sup>58</sup> Rodríguez. Op. Cit, Página 155.

<sup>59</sup> Alexy. Op. Cit, Página 106.

<sup>60</sup> Kelsen. Op. Cit, Página 229.

Aunque ya se han mencionado tangencialmente es preciso puntualizar las dos críticas centrales se han efectuado contra la teoría de la norma básica fundante, a saber. (i) *crítica iusnaturalista*: La construcción teórica de la norma básica ha sido tachada de iusnaturalista, entre otros por Ebenstein, Ross y García Maynez<sup>61</sup> quienes han señalado que dicha teoría se aproxima al derecho natural, pues se parte de que la norma básica no es válida por ninguna razón, sino porque se presupone que ha de ser válida, similar a lo que ocurre en el derecho natural en donde las normas son válidas porque se presume que lo son. No obstante dicha crítica ha sido rebatida con facilidad, pues la norma básica es precisamente vacía, luego no hace relación al contenido del orden jurídico, ni contiene criterios para determinar lo justo o no del orden jurídico, razón que permite su adscripción a cualquier tipo de ordenamiento jurídico – político. (ii) *crítica empírica o sociológica*: De otro lado se ha sostenido que Kelsen incurre en una inconsistencia metodológica pues, si bien ha predicado la total separación del *sollen* y del *sein*, razón por la cual la fundamentación de las normas no puede encontrarse en el ser, sin embargo para no caer en el idealismo Kelsen condiciona la existencia de la *Grundnorm* a la existencia de un orden jurídico eficaz en términos generales. En este sentido Kelsen reduce el fundamento de la validez del orden jurídico al principio de eficacia.<sup>62</sup>

A partir de la publicación de la segunda edición de la Teoría Pura del derecho, Kelsen evidencia un cambio el cual en últimas lo lleva a afirmar que “He presentado toda mi teoría de la norma fundamental como si fuera una norma que no es el sentido de un acto de voluntad, sino que es supuesta por el pensamiento: Ahora debo, lamentablemente, aceptar... que a esta teoría no la puedo sostener, que debo renunciar a ella. Me pueden creer que no es para mí fácil renunciar a

---

<sup>61</sup> Fariñas Op. Cit. Página 70

<sup>62</sup> Fariñas Op. Cit 75.

una teoría que yo he representado por decenios.... He renunciado a ella en el convencimiento de que un deber tiene que ser el correlato de un querer”.<sup>63</sup>

Tal fracaso, en palabras de Mejía Quintana, obedece al no reconocimiento de Kelsen de los contenidos materiales que debe tener la norma fundamental, lo cual conduce a dos consecuencias para la teoría pura: la primera que la legitimidad tiene que ser meramente procedimental, con lo cual no se quiere ningún tipo de eticidad particular, en consecuencia que la obediencia a la norma es imperativa y absoluta y descansa solamente en la coacción y no en el reconocimiento,<sup>64</sup> y en segundo lugar, que el juez al no poder acudir al contenido de la norma fundamental en casos de injusticia, lagunas o antinomias, tiene que acudir a su propio catálogo de valores, cayendo o bien en iusnaturalismo o en el realismo.<sup>65</sup>

Sin embargo y a manera de conclusión se debe afirmar junto con Cracogna, que mas allá de cuestionamientos ideológicos o fundados en apreciaciones de orden filosófico – o jurídico – o inclusive semántico, resulta difícilmente cuestionable la utilidad teórica que presta a la labor del científico jurídico – teórico del derecho – la norma fundamental, particularmente por su aporte a la sistematización del objeto del conocimiento jurídico. Su valor epistemológico resulta así relevante.<sup>66</sup>

---

<sup>63</sup> Citado en Mejía Quintana, Oscar. “la norma básica” quien cita a Dante Cracogna, “la norma básica en el último Kelsen” en Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Derecho, México: Distribuciones Fontamara, pp 63 y sig.

<sup>64</sup> En otras palabras el error fundamental de la teoría de Kelsen es haber intentado resolver, mediante un criterio objetivo desligado de toda posible conexión ideológica o ética, el problema del fundamento del derecho, que es en realidad un problema de legitimidad solo resoluble a través de criterios éticos o ideológicos. (...) Además del error de confundir derecho válido y derecho obligatorio, se puede decir – siguiendo a Amselek – que el error verdadero del positivismo (kelseniano) no está en el hecho de no saber responder al problema del fundamento del derecho, sino en el hecho mismo de plantearse todavía esa cuestión. En efecto el derecho válido desde el punto de vista de la ciencia jurídica positivista, es el Derecho creado legalmente por la autoridad competente; pero de esta mera legalidad no pueden inferirse que los destinatarios del derecho tengan la obligación legítima de obedecer al mismo. El fundamento de una tal obligación solo puede encontrarse en criterio materiales, que – en virtud de la pureza metódica – escapan a la teoría positivista de Kelsen. Fariñas 86 y 87.

<sup>65</sup> Mejía Quintana, Oscar “la norma básica”

<sup>66</sup> Cracogna, Dante. “La norma fundamental entre la autocontradicción y la futilidad”, Buenos Aires. Revista Doha 21 – II de 1998. Página 5.

Ahora bien, de los debates álgidos que haya protagonizado Hans Kelsen tal vez uno de los más interesantes sea el que tuvo como contrincante a Carl Schmitt. Schmitt chocó directamente con Kelsen no solo en los asuntos operativos de las teorías defendidas, sino en los presupuestos mismos del sistema parlamentario e incluso en la consideración crítica del liberalismo individualista.

Schmitt partía en su construcción teórica de considerar que la naturaleza del hombre es por lo general mala. ¿Pero cuál es el inconveniente que en el fondo representa una consideración buena de la naturaleza humana? Schmitt choca con el liberalismo pues aceptar ésta condición implica tener como validas las limitaciones que el liberalismo hace al Estado, la despolitización, la neutralización de la vida que conlleva un desmedro en el poder real del Estado; Mientras que la peligrosidad del hombre, - la visión pesimista de Schmitt – permiten justificar la necesidad de la dominación por parte de un Estado, que es el centro de lo político. En otras palabras, Schmitt lucha con el liberalismo pues éste niega la politicidad de toda la vida, y en cambio propone la politización de toda la vida social, esto es, la materialización de Estado total, que en términos generales representa la identidad entre gobernantes y gobernados, lo que supone la homogeneidad y consecuentemente la eliminación de la heterogeneidad, - cuyo reconocimiento puede poner en peligro la existencia misma del Estado.

Pero el anti-liberalismo de Schmitt va mucho más allá, pues es ciertamente una crítica a la consideración de la ley misma como producto de la razón, pues siendo esta una generalización abstracta e impersonal, choca directamente con la idea de la excepción, la cual es el punto que evidencia quien es el soberano en una determinada unidad política, y aun más quién es llamado a la conservación misma de lo político. El individualismo del liberalismo es una negación de lo político, que no permite una construcción positiva del Estado, pues pretende eludirlo y al hacerlo ignora la política.

La crítica al normativismo la enfila a partir de la construcción de los tres modos de pensar la ciencia jurídica,<sup>67</sup> los cuales corresponde precisamente al normativismo, el decisionismo y el pensamiento del orden concreto. En tal sentido señala que el objeto de la ciencia jurídica no puede ser reducido a las normas, pues tales no dan cuenta de la totalidad del fenómeno jurídico, al respecto señala que “La norma o regla no crea el orden, tiene más bien, sobre el terreno y en el marco de un orden dado solamente una cierta función reguladora; en la que la medida de la validez, en sí autónoma, de la ley, es decir, independiente de la situación de las cosas, es relativamente pequeña.”

Ahora bien, tal identificación de los normativistas de regla y orden, está históricamente fundamentada en la creencia de la soberanía de las leyes sobre los hombres, del *nomos* como *rey*, lo cual no tiene en cuenta que *nomos* no solamente es norma, sino en términos generales derecho, “...el cual es tanto norma como decisión, como sobre todo, orden; y nociones como las de rey, señor, vigilante o *governor*, pero también juez y tribunal, nos trasladan inmediatamente a órdenes institucionales concretos que ya no son meras reglas...el *nomos basileus*, no puede ser solo una norma positiva cualquiera o una regla o una disposición legal; el *nomos*, que debe llevar consigo un verdadero rey, ha de tener en sí ciertas cualidades de orden soberanas e inalterables pero concretas...”.

Según Schmitt “Para los normativistas puros, que reconducen siempre el fundamento del pensamiento jurídico a una norma, el rey, el dirigente, el juez, el estado se convierten en meras funciones de la norma, y el rango superior en la jerarquía de esas instancias es solamente una derivación de la norma más alta, y así sucesivamente hasta llegar a la más alta o más profunda normas, la ley de leyes, <<norma de normas>>, la cual, aunque en el modo más puro e intensivo, no es nada distinto de norma o ley. Con ello no se ha logrado *in concreto*, más que un enfrentamiento político-polémico entre la norma o la ley y el rey o el gobernante; la

---

<sup>67</sup> Schmitt, Carl. “*Distinción de los modos de pensar la ciencia jurídica*” en Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica, Madrid

ley destruye, con ese <<gobierno de la ley>>, el orden concreto del rey o del gobernante; los señores de la *Lex* suplantán al *Rex*. Ése es ante todo el fin político concreto de un juego normativista de la *Lex* contra el *Rex*, de un *nomos* real como rey real solo puede hablarse si el *nomos* significa precisamente el concepto total de derecho comprensivo de un orden y comunidad concretas.”

De dicha crítica, no solo se infiere brillantemente la politicidad del proyecto supuestamente neutral kelseniano, sino también la falacia Kelseniana al negar el vínculo de las condiciones sociales, económicas y políticas con el derecho. Schmitt defiende la total politicidad del derecho, y en tal marco un contenido material de la norma fundamental, caracterizado por la distinción política por excelencia, la distinción amigo – enemigo.<sup>68</sup> Sin embargo tal politicidad y en consecuencia la eliminación de la distinción entre sociedad y Estado, no se hace para la ampliación del consenso político, sino precisamente para la eliminación de la diferencia, la negación del reconocimiento del otro, contenido material que no puede ser el fundamento de validez de los órdenes democráticos.

A pesar de las asimétricas conclusiones a las que llegan Kelsen y Schmitt, el segundo asesta un golpe contundente a la construcción Kelseniana al señalar la importancia en últimas de la realidad de la que es deudor el derecho.

Un primer intento de superación de las fallas en la construcción kelseniana va de la mano de la teoría del derecho de Herbert Hart enmarcada dentro del denominado positivismo sociológico y que representa una relectura positivista del derecho. A efectos de lograr su objetivo lucha fundamentalmente con tres problemáticas particulares; (i) el derecho reducido a ordenes respaldados por amenazas, (ii) la clásica separación en el positivismo entre derecho y moral y, (iii) finalmente la definición de en qué medida el derecho es una cuestión de reglas.

---

<sup>68</sup> Schmitt, Carl (2002), El concepto de lo político, Madrid: Alianza Editorial, Página 56.

Para Hart existen comunidades con estructuras sociales simples, esto es, comunidades que se rigen en principio por reglas primarias de obligación, las cuales deben cumplir por lo menos dos condiciones. La primera de estas condiciones es que las reglas tienen que restringir, de alguna manera, el libre uso de la violencia, el robo y el engaño, en cuanto acciones que los seres humano se sienten tentados a realizar, pero que tienen en general, que reprimir, para poder coexistir en proximidad cercana los unos con los otros.<sup>69</sup> La segunda condición es que la mayoría de la población viva de acuerdo con las reglas vistas desde el punto de vista interno.<sup>70</sup>

Continuando con dicha argumentación Hart sostiene que pese a existir este tipo de comunidades y cumplirse las condiciones mencionadas, tal estructura adolece de una serie de defectos. El primero de ellos se refiere a la falta de certeza, evidenciada en la imposibilidad de determinar cuáles son las reglas primarias que están llamadas a operar en los determinados eventos sociales; el segundo al carácter estático de las reglas, esto es, la imposibilidad de que en dichas comunidades se logren procesos deliberados de cambio de las reglas a las circunstancias cambiantes, eliminando las antiguas e introduciendo unas nuevas. Y el tercer defecto es el relativo de esta forma simple de vida comunitaria, es la ineficiencia de la difusa presión social ejercida para hacer cumplir las reglas, ya sea en lo relativo a la trasgresión o en la aplicación simple de las reglas.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Hart, H. El concepto del derecho. Buenos Aires, Editorial Porrúa, 2005. Pag 114.

<sup>70</sup> Hart distingue entre el punto de vista interno y el punto de vista externo tal como se transcribe en extenso: "El siguiente contraste que se formula también en términos del aspecto "interno" y el aspecto "externo" de las reglas, puede servir para destacar lo que da a esta distinción su enorme importancia para comprender no solo el derecho, sino la estructura de cualquier sociedad. Cuando una sociedad tiene ciertas reglas de conducta, este hecho abre la posibilidad de tipos de aserción estrechamente relacionados entre sí, aunque diferentes; porque es posible ocuparse de las reglas como un mera observador que no las acepta, o como un miembro del grupo que las acepta y que las usa como guías de conducta. Podemos llamar a estos puntos de vista, el "punto de vista externo" y el "interno", respectivamente. Páginas 110 y 111.

<sup>71</sup> Hart Op. Cit. Páginas 114 – 116.

Ahora bien, para superar los defectos de la estructura jurídica Hart señalaría la existencia de otro tipo de reglas denominadas “reglas secundarias”, cuyo objeto básico son las antes citadas reglas primarias. A su turno estas reglas secundarias están divididas en tres tipos de reglas. Las **reglas de cambio**, orientadas a determinar las personas competentes y las formas para el cambio de las reglas primarias, esto es, superando el defecto de la imposibilidad de que en dichas comunidades se logren procesos deliberados de cambio de las reglas a las circunstancias cambiantes, las **reglas de adjudicación**, cuya finalidad es facultar a los individuos para resolver las violaciones a las reglas primarias y con ello superar el defecto relativo a la transgresión o aplicación de las reglas primarias, y finalmente la **regla de reconocimiento**, que determina cuando una norma pertenece o no al sistema jurídico, en consecuencia eliminando el defecto de falta de certeza.

La regla de reconocimiento es el equivalente conceptual de la “norma básica” creada por Kelsen y “especificará alguna característica o características cuya posesión por una regla sugerida es considerada como una indicación afirmativa indiscutible de que se trata de una regla del grupo que ha de ser sustentada por la presión del grupo social que éste ejerce. La existencia de tal regla de reconocimiento puede asumir una enorme variedad de formas, simples o complejas. Como ocurre en el derecho primitivo de muchas sociedades, ella puede consistir simplemente en que en un documento escrito o en algún monumento público hay una lista o texto de reglas, dotado de autoridad.”<sup>72</sup> A dicha regla igual se puede llegar por medio de la cadena de subordinación, tal como lo expone Hart al señalar que “si se plantea la cuestión sobre si una cierta regla es jurídicamente válida, para resolverla debemos usar un criterio de validez suministrado por alguna otra regla. ¿Es válida esta pretendida ordenanza del County Council de Oxfordshire? Sí: porque fue dictada en el ejercicio de las

---

<sup>72</sup> Hart Op. Cit. Página 117.



facultades conferidas, y de acuerdo con el procedimiento especificado, por un Decreto del Ministerio de salud Pública. (...)”<sup>73</sup>

Dicha regla cumple en esencia las mismas funciones de la norma fundamental - aunque una diferencia fundamental sea que la regla reconocimiento es empírica. Esto es, (i) es criterio supremo y último para determinar cuándo una norma pertenece al sistema jurídico, (ii) no constituye una norma positiva genéricamente considerada, aunque avanza respecto de la postura kelseniana pues la dota de un contenido el cual está definido de una forma particular de sistema en sistema, (iii) la existencia de tal norma depende de su utilidad práctica – punto de vista interno - luego constituye una representación fáctica del “ser”. De tal norma y tal como lo expusiera Kelsen, no puede predicarse validez, pues esto implicaría una visión externa del sistema jurídico, lo cual no sería acorde con su finalidad, cual es de servir de criterio supremo de validez de un sistema jurídico dado. Al efecto el mismo Hart señala que “Solo necesitamos la palabra “validez” y así la usamos comúnmente, para resolver cuestiones que surgen dentro de un sistema de reglas, donde el estatus de una regla como miembro del sistema depende de que satisfagan ciertos criterios suministrados por la regla de reconocimiento. No puede presentarse una cuestión de este tipo respecto de la validez de la propia regla de reconocimiento que proporciona los criterios.”<sup>74</sup>

La regla de reconocimiento tiene entonces un carácter fáctico que se evidencia en su uso por jueces, abogados y particulares para la determinación de las normas válidas al interior del sistema jurídico. Dicha regla secundaria no es una norma en el sentido Kelseniano ya expuesto, sino que constituye una práctica compleja, que no es fácilmente determinable por los diferentes actores en el marco del funcionamiento real de un sistema jurídico cualquiera.

---

<sup>73</sup> Hart Op. Cit. Página 133.

<sup>74</sup> Hart. Op. Cit. Página 135

De forma tal que la construcción Hartiana logra superar la reducción del derecho a ordenes respaldadas por amenazas, pues muestra la complejidad o existencia de diferentes tipos de reglas, e igualmente introduce nuevos elementos en la relación entre derecho y moral, pues realiza un fuerte intento de establecer unos contenidos mínimos de derecho natural.<sup>75</sup> Como lo ha señalado Mejía Quintana, en Hart se puede desprender “una concordancia entre el sistema jurídico y el sistema moral, pese a su mutua y reciproca irreductibilidad, dada la naturaleza normativa de ambos sistemas. Cuatro características distinguen la relación entre el derecho y la moral: primero, la observancia de normas morales es más importante que la observancia de normas jurídicas; segundo, las normas morales son inmunes a los cambios deliberados, como no pueden serlo las jurídicas; tercero, el carácter voluntario de las trasgresiones morales es diferente al de la trasgresión jurídica; y, cuarto, la forma de presión moral es diferentes a la coacción en el derecho. (...) De lo anterior se desprende, incluso, una cierta preponderancia de la moral sobre lo jurídico, que no debe confundirse con una determinación de la moral sobre el derecho, ni mucho menos con una identificación ente ambos, pero que si obliga reconocer la necesidad de que el derecho mantenga una relación de concordancia con la esfera moral. Esta relación viene determinada por lo que Hart denomina un derecho mínimo natural al cual las normas jurídicas deben adecuarse para ser socialmente reconocidas y subsumidas pues, de lo contrario, peses a su validez jurídica, intrasistemática, y su eventual eficacia y funcionalidad, carecerían de justificación moral, también necesaria para ser plena e integralmente reconocidas como válidas.” Ahora bien en el marco del debate con Dworking se evidencia la posibilidad de que los mismos jueces reconozcan la existencia de principios jurídicos con contenidos axiológicos, lo cual no es incompatible con la idea de validez que desarrolla a

---

<sup>75</sup> No matar, considerar una igualdad aproximada entre los hombres para lograr una relativa estabilidad institucional, reconocer la necesidad de un egoísmo restringido, el respeto de una cierta forma de propiedad, y finalmente el requerimiento de un orden jurídico coactivo que garantice la obligatoriedad de la voluntad de los asociados. Mejía Quintana, Oscar. Norma básica.

partir de la regla de reconocimiento, lo cual es consonante con la redefinición de la relación entre derecho y moral que plantea, como ha sido mencionado.

De otro lado la teoría Hartiana evidencia serias dificultades a la hora de explicar las dimensiones propias de la legitimidad y la eficacia, - como toda doctrina positivista – lo cual es palpable toda vez que estas podrían explicarse únicamente desde el punto de vista externo, pues lo cierto es que para el destinatario de las normas en un sistema específico – punto de vista interno – la dimensión de la validez sería la determinante no siendo relevante en principio la eficacia de las mismas o la legitimidad de una regla individualmente determinada.

Así se puede concluir con García Amado que al hacer el análisis de la norma básica y la regla de reconocimiento se llega a la conclusión que "...la comparación no es inadecuada, pues entiendo que en la regla de reconocimiento y en la norma fundamental se da idéntica función y ambas se apoyan sobre idénticos fenómenos sociales. Lo que varía de uno a otro autor es el lenguaje filosófico en que se expresa esa realidad normativa difusamente operante en lo social. KELSEN, bajo el peso de lo PRIETO SANCHÍS denomina <<algunas obsesiones metodológicas propias de la teoría pura>> (PRIETO SANCHÍS, 1987, P. 79), se empeña en leer su propia norma suprema en clave jurídica, aunque haya de insistir en que la eficacia es condición esencial de ella; HART la ve en clave sociológica, fáctica, aunque siga caracterizándola como una de las normas que componen el sistema jurídico. Para KELSEN no podría ser jurídica si es un mero hecho; para HART nada impide que ese hecho se traduzca a norma sin mediación de ningún <<deber>>, como categoría trascendental cuya lógica dé la impronta al ordenamiento."<sup>76</sup>

---

<sup>76</sup> García amado, Juan Antonio. kelsen y la norma fundamental, Bogotá, Editorial Temis. pág. 116.

## 2. LA VALIDEZ TRIADICA DE ROBERT ALEXY

Ahora bien, frente a las aporías de las dos teorías positivistas que consideran la existencia de normas encima del sistema jurídico, Robert Alexy en su libro “Sobre el Concepto y la Validez del Derecho” plantea una alternativa de superación a partir de una concepción triádica de la validez.

En principio Alexy recrea un concepto sociológico de validez, y señala que “una norma vale *socialmente* si es obedecida o en caso de desobediencia se aplica una sanción” para la determinación de este concepto de validez basta saber que: (i) la validez social es un asunto de grado; (ii) éste tipo de validez es cognoscible recurriendo a dos criterios: el de la obediencia y el de la aplicación de la sanción en caso de desobediencia, y (iii) la aplicación de la sanción en caso de desobediencia incluye el ejercicio de la coacción física, es decir, de la coacción estatalmente organizada en los sistemas jurídicos desarrollados.<sup>77</sup> De otro lado, el concepto ético de validez es la misma validez moral. En este sentido “una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada” Y finalmente el concepto jurídico de validez incluye necesariamente elementos de la validez social, pues si un sistema jurídico no logra la menor eficacia social, este sistema de normas tampoco puede valer jurídicamente.

Lo crítico de la validez jurídica es que depende de la validez social, esto es así tanto para los sistemas jurídicos en cuanto se exige un nivel general de eficacia, tanto para las normas aisladas, en cuanto se requiere de un mínimo de eficacia social, so pena de caer en la derogación o *desuetudo*. Mientras que dicha relación no opera de la misma forma tratándose de la validez jurídica y la validez moral, pues aunque se puede pensar en un sistema jurídico injusto, las normas que verdaderamente pierden su validez por injustas son las aisladamente consideradas y no el sistema en su conjunto. Por lo cual Alexy concluye que la

---

<sup>77</sup> Alexy, Robert. El concepto y la validez del derecho. Barcelona: Gedisa, 1994 Página 88.

relación de dependencia de la validez jurídica es más fuerte con la validez social que con la validez moral.<sup>78</sup>

Lo anterior permite concluir a Alexy que efectivamente la “legalidad” de las normas, esto es, su validez conforme al ordenamiento, requiere complementarse con la validez social y la validez moral en el marco de la relación jerárquicamente ordenada.<sup>79</sup> Sin embargo, aunque ya existe suficiente claridad sobre este asunto, que corresponde ciertamente con la lectura externa de los problemas de la validez jurídica y su relación con la eficacia y la moral, persisten aún inquietudes frente a los problemas de la validez de acuerdo al ordenamiento, esto es, desde el punto de vista interno o intra-sistemático. Como ya fuera expuesto frente a las críticas de la norma fundamental kelseniana, afirmar que una norma vale cuando ha sido expedida por el órgano competente y mediante el procedimiento autorizado no resuelve el tema de la validez jurídica, pues presupone la validez del órgano competente y la legalidad o “validez” del procedimiento respectivo, con lo cual se genera una circularidad.

Señala Alexy que el instrumento más importante para superar dicha circularidad es la norma fundamental. Las variantes más importantes de las normas fundamentales se encuentran en Kelsen con su norma analítica, Kant con la normativa y Hart con la norma empírica. Ahora bien en relación a la *Grundnorm* en cuanto a su concepto, necesidad, posibilidad, contenido, tareas (transformación de las categorías – ser en deber ser, determinación de criterios de pertenencia, creación de unidad) status (presupuesto necesario, presupuesto posible, norma pensada) son temas que ya fueron agotados en el primer acápite del presente capítulo, así como lo pertinente frente a la regla de reconocimiento. Frente a la norma fundamental normativa es preciso mencionar que la obligatoriedad de la misma es conocida *a priori* por la razón. Así la legislación positiva debe estar precedida por una ley moral que fundamenta la autoridad del legislador. La norma

---

<sup>78</sup> Alexy, Robert. Op Cit pág 93

<sup>79</sup> Alexy, Robert. Op Cit pág 94

que precede a las leyes no es solo un presupuesto epistemológico sino una ley natural. Pese a que la norma fundamental es una norma de derecho natural o derecho racional existe una prioridad iusracional del derecho positivo sobre aquel. Aunque, desde una óptica contractual, en el estado natural existen ya derechos basados en la razón, la prioridad del derecho positivo no admite el derecho de resistencia, con lo que Kant sucumbe al autoritarismo estatal de su tiempo.<sup>80</sup>

De otro lado un nuevo elemento que merece ser expuesto con el suficiente espacio, es el relativo a la fundamentabilidad,<sup>81</sup> pues considero es allí en donde éste autor plantea verdaderamente una alternativa novedosa frente a las diversas teorías de la norma básica fundante.

Señala Alexy que una propiedad de la norma fundamental consiste en que no admite ninguna fundamentación: “No (puede) preguntarse ya más acerca del fundamento de su validez”<sup>82</sup> lo cual señala el autor es en principio plausible, pues si requiriera fundamentación ya no sería la norma suprema, sin embargo señala que tal argumento puede rebatirse si se considera que “la norma fundamen5tal de la aquí se trata es sólo la norma fundamental del derecho. En efecto, como norma suprema del derecho no puede ser ya fundamentada por otra norma del derecho. ***Pero, esto no excluye fundamentarla con normas o puntos de vista normativos de otro tipo, por ejemplo, con normas morales o a través de consideraciones de funcionalidad (...) se puede decir que con la norma fundamental se ha dado paso al reino del derecho y que hay razones morales o de otro tipo para dar este paso.***” (Negrilla y cursiva fuera de texto)<sup>83</sup>

Concluye nuestro autor con lo siguiente “Kelsen tiene razón cuando dice que hay que presuponer una norma fundamental si se quiere pasar de la constatación de que algo ha sido dictado y es eficaz a la constatación de que algo vale o debe ser

---

<sup>80</sup> Mejía Quinta, Op. Cit. Página 8.

<sup>81</sup> Alexy Op Cit. página 113.

<sup>82</sup> Alexy Op Cit. página 113.

<sup>83</sup> Alexy Op Cit. página 113.

jurídicamente. ***Pero, esta norma fundamental no tiene por qué tener el contenido de la norma fundamental kelseniana. Así, puede contener elementos morales que tomen en cuenta el argumento de la injusticia.*** Además hay que estar de acuerdo con Kelsen en el sentido de que hay que presuponer necesariamente una norma fundamental si se quiere interpretar el derecho como un orden de deber ser, pero se puede también renunciar a esta interpretación. Por ello, la norma fundamental tiene un carácter sólo débilmente trascendental. ***Por último, es correcto que la norma fundamental es una meramente pensada. En cambio, no lo es la tesis de Kelsen según la cual la norma fundamental no es susceptible de ninguna fundamentación.***” (Negrilla y Cursiva fuera de texto)

En este sentido lo que se puede derivar de dicho análisis es que el sistema jurídico ha experimentado una apertura desde el rancio positivismo hacia el relativismo axiológico (alexey – dworking) superando de alguna forma las teorizaciones que sirvieron para justificar los regímenes políticos de turno. Así “*la norma básica no es una construcción intelectual porque no es creada por el pensamiento jurídico, sino presupuesta en él*” (Kelsen 1969d, 75), y el presupuesto no es sino el calco jurídico de las relaciones de poder. La norma fundamental es engendrada, no creada y, para colmo, tiene la misma naturaleza que el padre, por quien, mucho nos tememos, todo fue hecho”.<sup>84</sup>

El positivismo kelseniano con su pretendida neutralidad axiológica permitió justificar durante buena parte del siglo XX regímenes como el nazi, sistemas que superaron todos los criterios de validez previstos, pues no era su preocupación el contenido material del derecho ni su fundamentación última en valores sociales que garantizaran la paz y la prosperidad, sino todo lo contrario sirvieron a la perfección para la legitimación que posturas que negaban la materialidad del derecho o sus profundos vínculos con la ética y la moral, por ello Xacobe Bastida

---

<sup>84</sup> Bastida Freixedo Xacobe, *El silencio del emperador. Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2001. Página 108.

al concluir sobre la validez jurídica normativista expresa “Sabedora de su insuficiencia, de un modo u otro la validez jurídica reconoce la necesidad de traspasar su limitación y se echa en brazos de fundamentaciones ajenas al propio ordenamiento. Esa relación exógena, al precisar lo ajeno, convierte a las teorías positivistas en enajenadas; al extrañar su propio fundamento, las transforma en teorías *extrañas*.”<sup>85</sup>

Ahora bien, visto el problema de la norma básica fundamental integralmente, desde sus contextos originales de producción teórica, y desde la actual vista de la teoría jurídica, es preciso señalar que los conceptos de norma básica fundante o regla de reconocimiento se han tornado, independientemente de sus críticas, en elementos centrales para dar cuenta del funcionamiento de los actuales sistemas jurídicos. Y sobre estos mismos que Alexy descarga su apuesta por la naturaleza del derecho, la cual adoptamos en el presente trabajo, esto es, el reconocimiento de la importancia del concepto de validez jurídica, siempre y cuando se acepte que la misma es dependiente de un mínimo de eficacia, esto es, de validez social, y de unos mínimos de corrección material; dimensiones de la validez que dicho sea de paso son autónomas y no dependen la una de la otra como si ocurre con la validez jurídica.

Sin embargo a efectos de complementar la discusión es preciso dar cuenta de las teorías jurídicas contemporáneas y la forma como se aborda la problemática de la validez del derecho, siempre reconociendo que con Alexy, se abre la puerta del sistema jurídico y se acepta la existencia de otros tipos de normas, en el marco de una nueva relación entre derecho, moral y política. Dichas alternativas de superación de las aporías del positivismo son en su orden el paradigma interpretativo del derecho, y el paradigma consensual discursivo.

---

<sup>85</sup> Bastida. Op. Cit. Página 216.



### 3. LA LECTURA DEL PARADIGMA INTERPRETATIVO

Ronald Dworkin, como autor dentro del denominado paradigma interpretativo en el derecho, parte de definir los principios del sistema jurídico, dentro de cuales también se incluyen las directrices políticas y otras pautas de conducta,<sup>86</sup> a partir de la moralidad política, es decir, a partir de los principios determinados por el consenso político.<sup>87</sup> Tal orientación generó uno de los debates en el campo del derecho más importantes del siglo XX, el debate Hart vs. Dworkin caracterizado fundamental por las diferentes posiciones frente al problema de la relación estructural entre derecho y moral.

Ahora bien, “La concepción de Dworkin respecto del derecho se presenta a sí misma como una teoría interpretativa del razonamiento judicial, considerado como paradigma de razonamiento jurídico.”<sup>88</sup> En este contexto es preciso recordar que Dworkin busca una única solución correcta en el derecho, en el marco de una distinción básica entre casos fáciles y casos difíciles, pues es precisamente en los casos difíciles en donde con mayor fuerza se evidencia la aplicación de los principios.<sup>89</sup> Lo anterior no debe entenderse en el sentido de un desprecio de la denominada historia institucional, sino de la necesidad de complementar el mejor modelo de justificación de las decisiones con criterios de moralidad política que permite justificar las decisiones para la protección de los derechos de las personas. Lo que Dworkin pone presente es que “todo juez adopta una posición política y una valoración moral en la práctica del derecho...existe – entonces – una continuidad entre derecho, política y moral que los jueces pueden analizar en cuanto a sus implicaciones para los potenciales destinatarios de sus decisiones y

---

<sup>86</sup> Dworkin, Ronald. “*El modelo de las normas (i)*” en *Los derechos en serio*, Barcelona: Gedisa, 1992, pp 72.

<sup>87</sup> Mejía Quintana, Oscar. “*La norma básica como problema iusfilosófico*”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003. Página 19.

<sup>88</sup> Bonorino, Raúl. *Verdad y objetividad en el derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002. Página 97.

<sup>89</sup> Dworkin, Ronald, “*El modelo de las normas (i)*” en *Los derechos en serio*, Barcelona: Gedisa, 1992, pp 80.

la sociedad en general.”<sup>90</sup> Llegar a la única respuesta correcta, constituye un proceso mediado por la determinación del diferente peso de los principios, lo cual implica un análisis de las diferentes posiciones puestas en conflicto, generando una decisión justa para todos.

Dworkin sostiene como argumento central “(...) que en los casos difíciles los juristas razonan o discuten sobre derecho y obligaciones jurídicas apelando a principios” razón por la cual el positivismo jurídico debe ser rechazado pues es incapaz de explicar dicha característica del razonamiento judicial. Sin embargo son dos las posturas al interior del positivismo frente a los principios de moralidad como condición de la validez jurídica: la postura dura cuyo representante es Joseph Raz que sostiene que los principios jurídicos adquieren su validez jurídica de la misma forma que las reglas del sistema, esto a través de los criterios que establece la regla de reconocimiento, y de otro lado de encuentra la postura blanda representada por Jules Coleman, quienes también aceptan que la regla de reconocimiento puede incluir los principios de la misma forma que las reglas, pero con unos impactos puntuales en términos de validez, pues algunas pautas pertenecen al sistema por su origen y otras por sus contenidos morales.<sup>91</sup> Reformulaciones positivistas de las cuales puede concluirse que efectivamente Dworkin propinó un golpe al positivismo del que eventualmente no ha podido recuperarse, y que es palpable en la medida en que el mismo Hart adoptó la postura blanda que incluye criterios morales como determinantes de la validez.

¿Cuál es entonces la consecuencia de incluir los principios – coexistentes - dentro del derecho con fuerza vinculante y sin el estrecho margen de la regla de reconocimiento de Hart? Permitir sin duda un paso importante en la construcción de un derecho más “justo” pues vincula la legitimidad del proceso político –

---

<sup>90</sup> Arango, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2000. P 220.

<sup>91</sup> Bonorino, Pablo Raúl. *Integridad, Derecho y Justicia*. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores, 2003. Página 34.

moralidad política - a la validez misma de la decisión judicial. Lo que de otro lado implica que el juez debe tomar decisiones en ocasiones, más “políticas” que jurídicas – o en realidad siempre políticas - transfigurando la figura del juez en un “todopoderoso”<sup>92</sup> con capacidad no solo para la comprensión del derecho y del fenómeno jurídico propiamente dicho, sino también para la interpretación de la sociedad en su conjunto, del sistema político y de las diferentes y múltiples relaciones que se pueden generar al interior de la sociedad. Aunque el mismo Dworkin critica la posibilidad de continuar reconociendo lo que es derecho a partir de una “regla maestra o de reconocimiento”<sup>93</sup> éste concepto no pierde su poder explicativo, pues permite el entendimiento de lo moral en el seno de la determinación de lo que se considera derecho.

La postura de Dworkin no está por su puesto exenta de críticas, sin embargo una central a efectos de la presente investigación es la relativa a la dificultad en pensar que los conflictos normativos y las dificultades para resolver los casos difíciles en el derecho positivo no se reproduzcan en el ámbito moral o político del cual se extraen los principios, trasladándose dicha dificultad al conflicto entre los valores que lógicamente abundan en las cartas constitucionales, y que impone una capacidad sobre – humana para su resolución.

#### **4. LA LECTURA DEL PARADIGMA CONSENSUAL DISCURSIVO**

Finalmente es importante hacer referencia a la obra de dos autores que actualmente representan los avances más importantes en materia de la filosofía política, jurídica y moral, estos son John Rawls y Jürgen Habermas, vitales para el presente escrito, toda vez que éstos autores señalan la importancia de la determinación del derecho más allá de la formalidad cuya característica principal

---

<sup>92</sup> Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 1992, pp 173 y sig.

<sup>93</sup> Dworkin, Ronald. “*El modelo de las normas (i)*” en Los derechos en serio, Barcelona: Gedisa, 1992, pp 99.

es la neutralidad, a partir de unos contenidos materiales que será preciso contextualizar en el marco de cada obra.

Rawls parte de la teoría de la justicia como parte de la filosofía política, y ésta es entendida como una teoría de la ética social y económica,<sup>94</sup> que considera la justicia como la principal virtud de las instituciones sociales. Buena parte de la obra de este autor está destinada a responder el siguiente interrogante ¿Cuál es la concepción política de la justicia que mejor define los términos equitativos de la cooperación entre ciudadanos considerados como libres e iguales y como razonables a la vez que racionales, y como miembros normales y plenamente cooperativos de la sociedad a lo largo de toda una vida, de una generación a la siguiente?<sup>95</sup>

La respuesta a este interrogante está contenida en los principios de justicia, quienes de una forma precisa dan respuesta a la cuestión fundamental de la filosofía política en un régimen constitucional democrático. El papel de los principios de justicia consiste en especificar los términos equitativos de la cooperación social entre ciudadanos libres e iguales, definen los derechos y deberes básicos que deben asignar las principales instituciones políticas y sociales, regulan la división de los beneficios que surgen de la cooperación social y distribuyen las cargas necesarias para sostenerla.<sup>96</sup>

Sin embargo para llegar a esta construcción Rawls menciona una serie de ideas fundamentales que permiten articular toda su obra. Al respecto se sostiene que el pensamiento de Rawls, constituye una visión neocontractualista revolucionaria que pretende explicar las complejas sociedades contemporáneas, a partir del principio liberal por excelencia del pluralismo, exaltando el disenso y haciéndolo compatible

---

<sup>94</sup> Botero, Juan José. “*La teoría de la justicia de John Rawls*”. En *Estudios de filosofía política*. ED. Luís Eduardo Hoyos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Universidad Nacional de Colombia, 2004. página 271.

<sup>95</sup> Rawls, John. “Ideas fundamentales”. La justicia como equidad: una reformulación. Barcelona: Paidós, 2002, p 27.

<sup>96</sup> Rawls. Op. Cit, p 30.

con el modelo democrático constitucional. Rawls ve la sociedad como un sistema equitativo de cooperación. Este concepto supone la idea de ciudadanos libres e iguales y una sociedad ordenada. A su vez esta concepción de la sociedad está caracterizada por rasgos como la cooperación a partir de reglas aceptadas, la existencia de unos términos equitativos de cooperación y la idea de una ventaja racional, que está determinada por lo que persiguen los individuos que participan.<sup>97</sup>

Como consecuencia de esta concepción particular de sociedad se llega a una idea de sociedad bien ordenada. Esta idea comporta tres rasgos: (i) todos aceptan y saben que todos aceptan la concepción política de justicia, (ii) que la estructura básica de la sociedad satisface los principios de justicia<sup>98</sup> (iii) y que los ciudadanos tienen sentido efectivo – práctico – de la justicia. Esto en palabras del propio Rawls significa que en una sociedad bien ordenada, la concepción pública de la justicia proporciona un punto de vista mutuamente reconocido desde el que los ciudadanos pueden arbitrar exigencias de derecho político a las instituciones, a lo que cada cual reclame el otro.<sup>99</sup> En este sentido es pertinente señalar que quien se aproxima a la filosofía política desde la tradición liberal considera que “una sociedad es una especie de empresa cooperativa, encaminada a obtener ventajas mutuas para quienes la integran...”<sup>100</sup> sin embargo la existencia de múltiples visiones del bien conduce a que se cree un sistema institucional que establezca y distribuya equitativamente derechos y deberes, cargas y beneficios de la cooperación social.

Rawls igualmente plantea la idea de la estructura básica, ésta es entendida como “...el modo en que las principales instituciones políticas y sociales de la sociedad

---

<sup>97</sup> Rawls. Op. Cit, p 30.

<sup>98</sup> “...Los principios de justicia pueden ser interpretados como el contenido axiológico de la norma fundamental kelseniana, siendo su “contenido” procedimental el procedimiento de consensualización del que se derivan”. MEJIA QUINATANA Oscar, “La norma básica como problema iusfilosófico”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003. Página 15.

<sup>99</sup> Rawls. OP. Cit, p 32.

<sup>100</sup> Botero. Op. Cit, 276.

encajan en un sistema de cooperación social, y el modo en que asignan derechos y deberes básicos y regulan la división de las ventajas que surgen de la cooperación social a lo largo del tiempo”.<sup>101</sup> La justicia en equidad hace de la estructura básica el objeto principal de la justicia política (los principios de justicia se aplican directamente a esta estructura, lo que denomina justicia de trasfondo).

Pero, la idea de la justicia como un sistema equitativo de cooperación, requiere determinar los términos equitativos de cooperación, pues se parte de una visión de las reglas que pueden hacer posible esta construcción teórica, y así llega a la conclusión que estos no pueden ser fijados sino mediante un acuerdo adoptado por los ciudadanos libres e iguales que participan en la cooperación y que están guiados por lo que consideran su recíproca ventaja.<sup>102</sup>

Siguiendo esta misma línea Rawls se pregunta por las condiciones que debe contener este acuerdo fundamental para que sea válido a la luz de la justicia política y señala que básicamente estas condiciones deben situar equitativamente a las personas ¿Cómo se logra un acuerdo con estas características? Con la idea de la posición original y el llamado velo de la ignorancia. Estas construcciones teóricas no permite a las partes conocer sus posiciones sociales o doctrinas comprehensivas particulares, tampoco condiciones como la raza, etnia, sexo, etc. Estos límites a la información se denominan velo de ignorancia, que caracteriza a la posición original que es propiamente un contrato social, hipotético y no histórico. Esta posición original ha de entenderse como un mecanismo de representación<sup>103</sup> y es simplemente el consenso moral del que las diferentes perspectivas ciudadanas deben partir para lograr un efectivo consenso político al interior de un congreso constituyente.<sup>104</sup> En este sentido es preciso afirmar que la concepción contractualista de Rawls es absolutamente revolucionaria, pues introduce el

---

<sup>101</sup> Rawls. Op. Cit, p 33.

<sup>102</sup> Rawls. Op. Cit, p 39.

<sup>103</sup> Rawls. Op. Cit, p 43.

<sup>104</sup> Mejía. Op. Cit, p 15.

concepto de velo de ignorancia el cual choca directamente con las posiciones Hobbesiana y Lockiana.<sup>105</sup>

Ahora bien, después de señalar la sociedad como un sistema equitativo de cooperación, además de ser una sociedad bien ordenada, con una estructura básica que parte de un acuerdo que se logra a partir de una posición original caracterizada por un velo de ignorancia, Rawls expone la idea de las personas libres e iguales.<sup>106</sup> ¿Cuándo se consideran las personas como libres e iguales? Las personas son iguales en el sentido de que todos se entienden poseedores de las facultades mínimas necesarias para participar en la cooperación social durante toda la vida, y son considerados libres en el sentido de que se conciben a sí mismos y a los otros, con la facultad moral de poseer una concepción del bien, y en el sentido de entenderse como fuentes de autoautentificadorias de exigencias válidas.<sup>107</sup> Es decir, los individuos se ven así mismos con derecho a presentar exigencias a sus instituciones con ánimo de promover sus concepciones del bien.<sup>108</sup>

Sin embargo estas ideas mencionadas anteriormente no se justifican solas, para ello Rawls genera la idea de la justificación pública. Esta justificación debe adecuarse a la concepción política de la justicia caracterizada por el pluralismo razonable. Para ello esta concepción de justicia debe tener tres rasgos característicos: (i) esta concepción de justicia se construye destinada a la estructura básica de una sociedad democrática (ii) se debe aceptar que esta

---

<sup>105</sup> “Rawls intenta superar las debilidades de los modelos contractualistas clásicos en varias direcciones” Entre ellas la superación de la consideración iusnaturalista, superando el criterio mayoritario y finalmente superando las limitaciones consensuales. MEJÍA Q. Oscar. “Teoría del contrato social y neocontractualismo” en Justicia y democracia consensual. Ediciones Uniandes, Bogotá 1997. p 35.

<sup>106</sup> Es preciso mencionar que son requisitos de esta idea de personas libres e iguales, que los individuos posean un sentido de justicia y que igualmente posean una capacidad de poseer una concepción del bien.

<sup>107</sup> Rawls. Op. Cit, p 48.

<sup>108</sup> “Rawls trata de sistematizar los ideales modernos de libertad e igualdad, cuya difícil articulación conceptual ha resultado ser uno de los grandes problemas filosófico-políticos de occidente...En consecuencia con esos ideales, la tradición liberal debe suponer que existen muchas concepciones *razonables* de vida buena, todas las cuales son igualmente respetables...” Botero. Op. Cit, p 278.

concepción no presupone aceptar ninguna doctrina comprensiva particular (iii) una concepción política de la justicia se formula aplicando solo ideas implícitas en la cultura pública de una sociedad democrática y (iv) uno de los principales objetivos de la justificación pública es preservar las condiciones de una cooperación social, efectiva y democrática.<sup>109</sup>

Finalmente establece las dos últimas ideas fundamentales de su construcción normativa. La primera es el equilibrio reflexivo amplio o general, el cual es alcanzado cuando la persona ha considerado cuidadosamente las concepciones alternativas de la justicia y la fortaleza de los distintos argumentos en su favor.<sup>110</sup>

En una sociedad bien ordenada – la efectivamente regulada por una concepción pública de la justicia – se entiende que cada individuo ha alcanzado un equilibrio reflexivo amplio y general, esto es, un equilibrio reflexivo pleno. En otras palabras se “puede caracterizar dicho equilibrio como la coherencia máxima entre los principios, enunciados como normas, y nuestros juicios morales bien establecidos”.<sup>111</sup>

La segunda de estas dos últimas ideas es el consenso entrecruzado. Al cabo el propio Rawls señala que la concepción política en una sociedad bien ordenada es afirmada a través del consenso entrecruzado, esto es, la existencia de variadas doctrinas, religiones y filosofías razonables que apoyan la concepción política. La justicia como equidad se caracteriza por poder favorecer el consenso entrecruzado, que es el apoyado, a partir de la justificación pública, por todos los ciudadanos dentro de sus propias doctrinas comprensivas, pero razonables. Ello, pues se parte del pluralismo razonado como una condición permanente en las sociedades democráticas. Luego se llega a un desacuerdo pero razonable. Es, en otras palabras, la exigencia de la más amplia consensualización ciudadana en

---

<sup>109</sup> Rawls. Op. Cit, p 54.

<sup>110</sup> Rawls. Op. Cit, p 57.

<sup>111</sup> Botero. Op. Cit, p 273.



la concepción del fundamento político-moral de la constitución y, a partir de allí, de la estructura básica de la sociedad.<sup>112</sup>

Rawls sin embargo no deja al individuo sin herramientas para hacer respetar la diferencia y el reconocimiento, pues plantea la posibilidad de la objeción de conciencia y la desobediencia civil, como dos mecanismos válidos para hacer frente a las decisiones mayoritarias en clara violación del pluralismo político. Tales mecanismos están diseñados para la defensa del pacto constitucional<sup>113</sup> y se materializan precisamente en la defensa de la constitución. En el fondo la desobediencia civil se inscribe en el marco de la crisis de legitimidad de los procedimientos de defensa de la constitución como consecuencia de la materialización del derecho constitucional.<sup>114</sup> La desobediencia se constituye entonces en un mecanismo de participación ante la ausencia de canales participativos, lo cual implica la idea de un sistema de constitución como proceso, esto es, la apertura de la defensa de la constitución a la opinión pública,<sup>115</sup> elemento fundamental en el contexto de la teoría rawlsiana.

En conclusión la construcción de Rawls fundamenta una visión consensual de la justicia política en las sociedades contemporáneas, lo cual abre un escenario en el cual se pretende conciliar el pluralismo propio de las sociedades heterogéneas, lo cual plantea la superación de la crisis que pueden generar las opciones omnicomprensivas, que solo pueden conducir a opresión, y la organización de las sociedades democráticas a partir de la cultura política propia de los distintos regímenes constitucionales. La determinación de un contenido material de la norma fundamental o de su equivalente en los principios de justicia, permite la transformación de las categorías jurídicas y en consecuencia la creación de un derecho más acorde con la realidad. En Colombia por supuesto, este intento

---

<sup>112</sup> Larmore, Charles. "Public reason" en Samuel Freeman, *The Cambridge Companion to Rawls*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 368 – 393. Citado por Mejía. Op. Cit, p 18.

<sup>113</sup> Estevez Araujo, José, *La constitución como proceso y la desobediencia civil*, Madrid: Trotta, 1994, p 140.

<sup>114</sup> Estevez. Op. Cit. Página 143.

<sup>115</sup> Estevez. Op. Cit. Página 142.

teórico no se ha llevado a cabo, demostrando con ello la policidad de los proyectos neutrales y cientificistas que fundamentalmente permiten la conservación y reproducción del *statu quo*.

El otro autor de relevancia contemporánea definitiva es Jürgen Habermas quien concibe el derecho como integrador social y sistémico, y a la democracia en términos deliberativos, pretendiendo con ello dar respuesta a la tensión entre legalidad y legitimidad que ha polarizado la sociedad contemporánea.<sup>116</sup> Para Habermas el derecho es el medio de integración social, o a nivel epistemológico el mediador entre el mundo de la vida y los subsistemas económico y político-administrativo. Esto, pues al paso de la juridización<sup>117</sup> que corresponde propiamente a la colonización interna del mundo de la vida efectuada por medio de procedimientos jurídicos y mediante tres tipos de relaciones básicas de intercambio entre sistema y mundo de la vida en la sociedad capitalista<sup>118</sup>, (i) intervencionismo estatal, (ii) fragmentación de la conciencia cotidiana y las denominas (iii) cuatro hornadas globales de juridización,<sup>119</sup> se opone paradójicamente el entendimiento del derecho como medio de integración social, en la medida en que la integración funcional de los sistemas sociales se funda en los plexos mundovitales que le posibilitan extenderse hasta los mismos e integrar democráticamente a la sociedad.<sup>120</sup> Como se verá a continuación en tal ambivalencia se verá la preferencia por el modelo Dworkiniano el cual permite llegar a decisiones satisfaciendo simultáneamente las exigencias propias de la seguridad jurídica, con un grado de aceptabilidad racional,<sup>121</sup> lo cual en últimas equivale a decisiones justas para todos y no solo buenas para algunos, como

---

<sup>116</sup> Mejía Quintana, Oscar, “*La norma básica como problema iusfilosófico*”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003. Página 21.

<sup>117</sup> Habermas, Jürgen, “*Marx y la tesis de la colonización interna*” (Tomo II) en Teoría de la Acción comunicativa, Buenos Aires: Taurus, 1989, pp 504.

<sup>118</sup> Mejía Quintana Oscar y Mápura Ramírez Lina María, “*Derecho y cosificación social: Límites y paradojas de la jurisprudencia emancipatoria*”. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. P 15.

<sup>119</sup> Habermas, Jürgen, “*Marx y la tesis de la colonización interna*” (Tomo II) en Teoría de la Acción comunicativa, Buenos Aires: Taurus, 1989, pp 505.

<sup>120</sup> Mejía Quintana, Oscar, “*La norma básica como problema iusfilosófico*”, ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003. Página 21.

<sup>121</sup> Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta 1998. Página 272

sería el caso del modelo Alexyano. Habermas complementaría el modelo Dworkiniano con un “Hércules” más democrático, veamos.

Habermas se preguntará entonces que le confiere al procedimiento democrático de construcción de las leyes su fuerza legitimadora. Desde la teoría del discurso, retomando lo planteado por Alexy se respondería que el procedimiento democrático permite el debate de temas, informaciones y razones, que permite que los resultados del procedimiento sean más o menos racionales, toda vez que la teoría del discurso sustituye el modelo contractualista e implanta el modelo de la deliberación, esto es, la comunidad se constituye sobre la base de un acuerdo discursivamente alcanzado.<sup>122</sup> En otras palabras “...en la medida en que llena los requisitos de una formación inclusiva y discursiva de la opinión y la voluntad – el procedimiento democrático – da fundamento al presupuesto de que sus resultados son racionalmente aceptables.”<sup>123</sup>

Entre el Estado de derecho y la democracia no solo se da una relación histórico-contingente, sino una conexión interna y conceptual.<sup>124</sup> El procedimiento democrático – presupuestos comunicativos y las condiciones procedimentales de la formación democrática de la opinión y la voluntad - soporta toda la carga de legitimación.<sup>125</sup> Por ello la legitimidad no esta dada por una norma trascendente como en Kelsen, ni por la contingencia en las decisiones del legislador, sino por la íntima relación entre Estado de derecho y democracia. Todo lo cual le permite afirmar que “...el Estado de derecho hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación que se hallan abiertas en dirección a argumentaciones morales. La

---

<sup>122</sup> Ibídem. P 647.

<sup>123</sup> Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph. “*Los fundamentos pre-políticos del Estado democrático*”. *Revista Letras Libres* (2005). p 29.

<sup>124</sup> Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta 1998. P 648.

<sup>125</sup> Ibídem. P 648.

moral ya no flota sobre el derecho...Emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en el derecho positivo...”<sup>126</sup>

En este contexto, solo pueden pretender legitimidad aquellas regulaciones que son aceptadas por los posibles afectados. Por ello el principio del discurso toma forma jurídica de principio democrático mediante la introducción de derechos de comunicación y participación que garanticen un uso público de las libertades comunicativas.<sup>127</sup> En otras palabras, en la ética del discurso – que suplanta el imperativo categórico kantiano por la argumentación moral - el principio “D” señala que solo pueden reivindicar lícitamente validez aquellas normas que pudiesen recibir la aquiescencia de todos los afectados en tanto que participantes en un discurso práctico.<sup>128</sup> Al mismo tiempo, el imperativo categórico desciende al nivel de un principio de universalización “U” en los discursos prácticos asumiría el cometido de una regla de argumentación: en las normas válidas, los resultados y los efectos secundarios que se deriven de su seguimiento universal para la satisfacción de los intereses de todos y cada uno tienen que poder ser aceptados por todos sin coacción alguna.<sup>129</sup> En conclusión el derecho no es un mundo aislado, por el contrario los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como las más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley.<sup>130</sup> “El derecho solo puede mantenerse como legítimo si los ciudadanos salen de su papel de sujetos jurídicos privados y adoptan la perspectiva de participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de convivencia”. Sólo así el derecho adquiriría – junto con la ayuda de la fuerza productora que representa la comunicación – una

---

<sup>126</sup> Habermas, Jürgen, *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad?* En *Escritos sobre moralidad y eticidad*. Ediciones Paidós: Barcelona, p 168.

<sup>127</sup> Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta 1998. P 657.

<sup>128</sup> Habermas, Jürgen. “¿Qué significa ética del discurso?”. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000, p 15.

<sup>129</sup> *Ibidem*. P 15.

<sup>130</sup> Habermas, Jürgen. *La Inclusión del otro. Estudios de teoría política*. ED. Paidós. Barcelona 1999. p 10.

dimensión integradora peculiarmente reflexiva, que igualmente transforme el disenso convirtiéndolo en permanente.<sup>131</sup>

Por estas razones consideramos que este autor, puede eventualmente representar un avance en cuanto a la democratización misma de las sociedades contemporáneas, lo que lógicamente va de la mano de la aceptación de una íntima relación entre las normas jurídicas, su validez y la misma legitimidad. Pero ¿Cuál puede ser la visión del derecho que corresponda con la orientación de Habermas? Tal visión correspondería al derecho reflexivo teorizado por Günter Teubner.<sup>132</sup> Esto pues Teubner parte igualmente de una mutua influencia limitada de los diferentes sistemas sociales en el derecho, lo que deviene en la paradoja relativa a la ampliación de la formalización jurídica, en desmedro de su propia autonomía.<sup>133</sup>

El derecho reflexivo permitiría entonces una intervención en las demás esferas sociales, económicas, políticas, culturales, etc., generando un equilibrio entre las mismas, esto es, actuar con una clausura autoreferencial o autonomía social, en un amplio marco de diferenciación funcional. Esto corresponde precisamente a la concepción del derecho autopoiético. Lo cual no implica un retroceso sino por el contrario un avance en el entendimiento de la compleja sociedad actual. Los subsistemas evolucionarían en la medida en que los cambios al interior de un sistema presionan la dirección de cambio de otro sistema social,<sup>134</sup> es entonces una teoría que busca la propia supervivencia del derecho, el cual se ve amenazado por las presiones de los demás subsistemas que pretenden apoderarse de su propia racionalidad. Esto solo se logra cuando el derecho desarrolla “dimensiones reflexivas”<sup>135</sup> a efectos de constituirse en un elemento integrador, lo cual se puede alcanzar a partir del concepto procedimental de

---

<sup>131</sup> Habermas, Jürgen. *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta 1998. P 662.

<sup>132</sup> Teubner, Günter, “*Derecho reflexivo*” en Bourdieu P, y Teubner G., La Fuerza del Derecho, Bogotá: Siglo del Hombre, 2000, p 123 – 143.

<sup>133</sup> *Ibidem*. P 46.

<sup>134</sup> *Ibidem*. P 58.

<sup>135</sup> *Ibidem*. P 132.

legitimación de Habermas, esto es, mediante la creación de estructuras discursivas a partir de los diferentes procesos de democratización de los subsistemas y a través de la reflexividad sistémica interna que teorizara Luhmann, lo cual debe conducir a la flexividad interna de la identidad social. El derecho en tal construcción juega un papel fundamental pues presionará para el desarrollo de estructuras reflexivas - democratización - en el seno de los demás subsistemas sociales. Allí en la definición misma de los principios sistémicos que permiten la reducción de la complejidad al interior del sistema y la articulación estructural con los demás subsistemas se encuentra el contenido de la norma fundamental.

## **Conclusión**

A lo largo del escrito se realizó la exposición de las que se consideran posturas paradigmáticas en cuanto a la explicación por la pertinencia y la misma obligatoriedad de las normas jurídicas individualmente consideradas y del sistema jurídico en su conjunto. Tal análisis debe realizarse desde la interdisciplinariedad en el entendido de la limitación de la misma teoría jurídica para dar cuenta del mismo problema de la validez. A pesar de lo anterior, la tensión entre legitimidad, validez y eficacia es permanente dentro de todos los paradigmas desarrollados.

El fracaso de la apuesta positivista por explicar el fenómeno, es lógica consecuencia del mantenimiento a ultranza de la tajante distinción entre derecho y moral, siendo deducible que los modelos que pretenden su superación aceptan un relacionamiento diferente entre los dos subsistemas, hasta tal punto de incluir los contenidos de la moralidad política como criterios determinantes de la validez de los ordenamiento jurídicos.

Con Alexy puede afirmarse que la validez es dependiente de la pretensión de corrección del derecho así como de la eficacia del mismo, esto pues tanto la injusticia como la ineficacia de las normas eventualmente afectan su validez.

Así mismo la inclusión de criterios materiales o de la denominada moralidad política como consecuencia de la crítica Dworkiniana al positivismo pone sobre la mesa la dificultad asociada a los procesos de interpretación del derecho; el avance en el entendimiento de la validez como condicionada por la moralidad tiene una contralectura al abrirse el espectro jurídico a la multiplicidad de valores y principios que cohabitan en un cuerpo constitucional, y que imponen una tarea sobre humana en la aplicación práctica a los casos difíciles.

Finalmente hoy día a la luz de la teoría de la justicia son los principios de justicia definidos a través de un proceso de consensualización que garantice en su estructura la autonomía de las partes y la pretensión de universalidad de sus contenidos, los criterios de la validez del sistema jurídico, lectura que se ve complementada con la de Habermas quien replantea el problema de la validez jurídica al entender que el mismo está atravesado por el problema de la democracia en el marco de los actuales Estados de Derecho, de forma tal que el derecho entre más válido más justo, cuanto más institucionaliza los procedimientos decisorios del discurso moral.<sup>136</sup>

Ahora bien, en Colombia se ha avanzado en la justificación del sistema jurídico de una manera diferente (la constitución del 91 representa un cambio tanto en la justificación del derecho como en la validez del mismo) por ello es importante describir su evolución, el papel que desempeña tribunal constitucional como una labor central en el ámbito de la construcción de lo jurídico, los paradigmas en que se apoya, para luego exponer las dificultades que afronta, y las limitaciones que se le presentan a la mencionada jurisprudencia emancipadora.

---

<sup>136</sup> García Amado, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas a Luhmann*. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005. Página 89.

## **CAPÍTULO 2 EL PAPEL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y SU RELACIÓN CON EL PROBLEMA DE LA VALIDEZ DE LAS NORMAS DEL SISTEMA JURÍDICO.**

Siguiendo la tradición del positivismo, se plantea una distinción entre norma básica o regla de reconocimiento y constitución en sentido estricto, la constitución política de cualquier país y puntualmente en el caso colombiano no es la norma básica en términos estrictos, pero de ella si pueden derivarse los criterios, valores y principios que orientan la determinación del derecho válido en Colombia. Se ha señalado entonces que en la constitución de 1991 conviven diferentes proyectos de Estado y Sociedad<sup>137</sup> tales modelos constituyen la materialidad del sistema político, lo cual aunado a la consideración de la constitución como norma, permiten que en el marco de los juicios acerca de la validez de una disposición normativa, sea ella y sus diferentes evoluciones – tanto legales como jurisprudenciales - el conjunto de criterios últimos a partir de los cuales determinar la validez del sistema jurídico o de las normas individualmente consideradas.

En este contexto en el presente capítulo se sostendrá que el papel que juega la corte constitucional y en términos universales los tribunales constitucionales o los organismos judiciales que hagan sus veces, es determinante en los procesos de determinación de la validez jurídica al interior del sistema jurídico, a través de la función histórica de la defensa de la constitución asignada en el caso puntualmente colombiano a dicho tribunal, esto a través de la dinámica propia de la acción constitucionalidad y los demás elementos que componen el sistema de

---

<sup>137</sup> Mejía Quintana, Oscar y Montenegro, Paola. “*La constitución de 1991 y la realidad socio política colombiana a finales del siglo XX*” En Elites, Etnicidades y constitución en Colombia. Cuadernos de Ciencia Política. No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2004. Páginas 30 a 49.



control en el caso colombiano, como lo son los modelos de decisión jurisprudencial.

A efectos de sustentar la anterior afirmación primero se abordará el histórico debate sobre la defensa de la constitución para luego exponer la evolución de dicha función en el proceso constitucional colombiano. Posteriormente se caracterizará la actividad de la corte constitucional colombiana, en el marco del actual debate hermenéutico constitucional y sus diferentes modelos de decisión, para finalizar con algunas críticas con ocasión del impacto del control de constitucionalidad para los sistemas jurídico y político colombianos, en el marco de la relación existente entre derecho y democracia.

## **1. EL DEBATE SOBRE LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN**

En un estado constitucional y democrático de derecho, como el establecido en Colombia a partir de la Constitución política de 1991 es un órgano autónomo e independiente el encargado de determinar la constitucionalidad de las normas que integran el sistema jurídico, tal actividad no solo se circunscribe a los juicios que se dan en torno al cumplimiento de los requisitos para la producción de las normas, sino que en el fondo el tribunal constitucional hace juicios políticos acerca de la pertinencia de una norma al interior del sistema jurídico. Aunque en principio tal juicio está determinado por una lectura eminentemente jurídica, ésta actividad ha suscitado algunos de los debates jurídico – políticos y jurídico – filosóficos más interesantes del Siglo XX, pues como lo señala Habermas el ámbito donde se resuelve la tensión entre sistema jurídico y complejidad social es el dominio específico de la adjudicación constitucional, así “el derecho constitucional se erige hoy por hoy en el engranaje central de las sociedades complejas y los conflictos sociales pasan necesariamente por su medición, lo que hace de los tribunales constitucionales el organismo clave de la legitimidad, la validez y la eficacia del

sistema social en su conjunto.”<sup>138</sup> A continuación se presenta entonces el debate teórico acerca de la defensa de la constitución.

Originalmente en un contexto histórico muy particular, el de la independencia de las colonias americanas de la Corona Inglesa, hizo su aparición la figura del control de constitucionalidad.<sup>139</sup> Tal figura fue primitivamente incluida por Alexander Hamilton en el *the federalist* al señalar que la constitución era verdaderamente la *fundamental law*, que impone a los jueces una vinculación más fuerte que la debida a las leyes (*superior obligation and validity*) con la consecuencia de poder habilitar a los tribunales para inaplicar las leyes en caso de contradicción con la constitución.<sup>140</sup>

La propia constitución federal de 1787 declaró la supremacía de la misma, vinculando directamente a los jueces, por encima de cualquier disposición contraria. Ahora bien, dicha disposición no fue utilizada por el tribunal supremo sino hasta la capital sentencia de 1803 en el caso Madison vs Marbury en la que se concreta que *the constitution is superior to any ordinary act of the legislature*.<sup>141</sup> Este es sin duda uno de los máximos aportes del constitucionalismo norteamericano al Estado de derecho liberal, pues con dicho fallo se modificó el principio de “soberanía parlamentaria” y la presunción irrefragable de conformidad con la Constitución que cubría regularmente expedidas.<sup>142</sup>

---

<sup>138</sup> Habermas Jürgen. Factividad y validez. PP 340 - 361

<sup>139</sup> Con la exposición que sigue a continuación no se pretende desconocer otras formas de control de constitucionalidad que se dieron antes del fallo madison vs marbury en Estados Unidos, o las que se desarrollaron en Europa e incluso en latinoamerica durante todo el siglo XIX. De hecho fieles a la narración histórica países como Colombia, México o Venezuela, tuvieron mecanismos e intentos de control constitucional antes del planteamiento realizado por Kelsen y que fuera incluido en la constitución austriaca.

<sup>140</sup> García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas. Madrid. Página 54.

<sup>141</sup> García de Enterría. Op. Cit. Página 55.

<sup>142</sup> López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Bogotá, Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Página 44.

De otro lado la recepción en Europa se dio hasta pleno siglo XX, con la aparición del sistema austriaco creado por Kelsen e incluido por primera vez en la constitución austriaca de 1920. Dicho sistema diferente del americano se diferencia porque estatuye un tribunal constitucional exclusivamente para determinar cuándo una ley es inconstitucional o no, y por ello recibe el apelativo de sistema concentrado de constitucionalidad.<sup>143</sup> Contrario sensu el *judicial review* se caracteriza porque todos los jueces tienen la posibilidad de inaplicar una ley cuando dicha contradice la constitución, sin lógicamente esperar a la decisión de un órgano superior sobre su actuar. Con dicho sistema Kelsen perseguía una sumisión estricta de los jueces a la ley, dejando al tribunal la tarea de definir la compatibilidad lógica de la constitución con la ley, esto es, la compatibilidad de dos normas abstractas para así determinar su validez a la luz del ordenamiento, ordenamiento que valga la pena señalar no incluía ningún tipo de valoración axiológica. Es más, en palabras del propio Kelsen verdaderamente el sistema por el creado no correspondía al de un Tribunal propiamente tal, sino a un verdadero órgano *legislativo negativo*.<sup>144</sup>

No bien planteada la institución del control de constitucionalidad por Kelsen, Carl Schmitt, en su trabajo *Reichsgericht als Hüter der Verfassung*<sup>145</sup> se opuso a dicho sistema señalando que “una expansión sin inhibiciones de la justicia no transforma al Estado en jurisdicción, sino los tribunales en instancias políticas. No conduce a juridificar la política, sino a politizar la justicia. Justicia constitucional es una contradicción en los términos.”. Para Schmitt la creación Kelseniana se equivoca de plano, pues no puede existir conflicto constitucional, al no estructurarse una relación entre las partes y la constitución como si la misma se tratara de un contrato. Esta postura schmittiana lógicamente tiene su fundamento en una concepción particular de la constitución, según el cual la constitución es una

---

<sup>143</sup> Por oposición al sistema difuso del *judicial review*.

<sup>144</sup> Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución. Escritos sobre la democracia y el socialismo*. Madrid, Debate 1988.

<sup>145</sup> García de Enterría. Op Cit. 159

decisión del poder constituyente.<sup>146</sup> Para que exista un proceso judicial como tal, se requiere de la existencia de una norma superior que regule el conflicto o permita su solución, lo cual no ocurre cuando el litigio tiene como destinatario la misma norma que está llamada a regular el caso. Así en principio los conflictos normativo – constitucionales – continua Schmitt – solo pueden ser resueltos por el legislador.

Para Schmitt la actividad del tribunal constitucional es eminentemente política, pues a diferencia de los conflictos que resuelven los jueces normalmente, en donde se encuentra una ley previa que permite la construcción de un silogismo, la actividad del tribunal constitucional consiste en tomar decisiones que no se derivan de ninguna norma, lo cual comprueba el carácter decisionista de la actividad del tribunal constitucional. ¿Quién debe ser el defensor de la constitución para Schmitt?

Schmitt plantearía que la necesidad de la defensa de la constitución contra los abusos del legislativo pero no permitiendo el abuso judicial, razón por la cual el verdadero defensor de la constitución sería el presidente en uso de sus poderes excepcionales, esto pues la constitución es la decisión fundamental del pueblo en unidad política concreta, la cual asigna al presidente la tarea de representar la unidad, por contar con una “legitimidad plebiscitaria”. Así aunque Schmitt resultaría justificando “la dictadura” pone sobre la mesa el eminentemente carácter político de la actividad del tribunal constitucional, quien en últimas resuelve tensiones constitucionales, esto es, tensiones propias de la estructuración de la sociedad y del Estado.

Siguiendo a Carl Schmitt es claro que es la voluntad del pueblo, la que define el tipo de constitución y su autoridad es la que da origen al ordenamiento jurídico que

---

<sup>146</sup> Schmitt, Carl. Teoría de la Constitución. Alianza editorial, Madrid: 1982, Páginas 45 y 46.

debe regirlo. De forma tal, que el criterio del derecho válido no se encuentra en ninguna norma por encima del sistema jurídico, sino que recae específicamente en la existencia política del Estado. Esto es así, pues la crítica a la teoría pura se da en el marco de la tesis del aniquilamiento de la normatividad mediante la decisión, lo cual se vincula estrechamente con la apuesta de Schmitt por la teología política.<sup>147</sup>

En este sentido es la decisión la que hace real o virtual a la positividad, es decir a la posibilidad de adoptar decisiones ante la excepcionalidad, de la cual surge la normalidad que hace posible la normatividad. El presidente, que funge esa legitimidad plebiscitaria que señala Schmitt, puede suspender la ley constitucional para defender la constitución,<sup>148</sup> de modo que el poder del presidente se resuelve en la persona del dictador, toda vez que la respuesta última a la normatividad debe hallarse en lo excepcional.<sup>149</sup>

Schmitt sostiene que “Estado es la unidad política de un pueblo...un Estado no puede tener más que una voluntad política.” Así decisiones políticas como la amistad o enemistad en el ámbito de lo político solo pueden nacer de la unidad. De modo que es necesario que el soberano distinga el amigo del enemigo, distinción que viene a constituir la esencia de lo político.<sup>150</sup>

Desde otro punto de vista, igualmente sea preciso concluir que tanto Kelsen como Schmitt, uno desde la vaciedad de una apuesta “fantasiosa” otro desde la teoría

---

<sup>147</sup> Kelsen, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Tecnos, Madrid: 1995. pág XI.

<sup>148</sup> En Schmitt una es la constitución y otra es la ley constitucional.

<sup>149</sup> Kelsen, Hans, ¿Quién debe ser el defensor de la constitución? Estudio preliminar de Guillermo Gasió, Tecnos, Madrid: 1995. pág XXXII.

<sup>150</sup> El anti-liberalismo de Schmitt va mucho más allá, pues es ciertamente una crítica a la consideración de la ley misma como producto de la razón, pues siendo esta una generalización abstracta e impersonal, choca directamente con la idea de la excepción, la cual es el punto que evidencia quien es el soberano en una determinada unidad política, y aun más quién es llamado a la conservación mismo de lo político. El individualismo del liberalismo es una negación de lo político, que no permite una construcción positiva del Estado, pues pretende eludirlo y al hacerlo ignora la política.

del orden concreto, permitieron justificar cualquier tipo de régimen estatal y de sistema de gobierno, el primero al eliminar los contenidos materiales en la determinación del derecho válido, y en últimas en la invención de una estructura que aleja los fundamentos de la justificación del derecho del debate jurídico y de la realidad del derecho, y el segundo al apostar por la distinción entre el aspecto normativo del existencial de la constitución haciendo dependiente por completo la validez de la facticidad, esto es, haciendo depender la obligatoriedad del orden jurídico de su existencia fáctica, ergo, es válido cualquier orden que logre imponer su poderío.

De otro lado, la defensa de la constitución por parte de un tribunal judicial, no solo tuvo la crítica reaccionaria de Schmitt – quien también compartió la crítica del tribunal por ser antidemocrático – sino que también logró detractores desde la izquierda, los cuales argumentaron que no puede un órgano aristocrático y elitista, modificar las decisiones adoptadas por los órganos representativos de la sociedad civil. Esta corriente es la que ha acuñado la frase del “gobierno de los jueces” como funcionarios que no cuentan con ningún tipo de legitimidad democrática para tomar decisiones que afectan a la totalidad de la población. Tal corriente se ve representada en la misma impugnación que hiciera Roosevelt “el papel del legislador irresponsable asumido por el juez, papel que los jueces americanos se han atribuido unilateralmente” en el marco de la implementación de las reformas del *new deal* en los estados unidos.

La historia mostró como victorioso el modelo austriaco que contiene una defensa eminentemente jurídica de la constitución – aunque el modelo norteamericano igualmente se ha mantenido vigente a la fecha – no obstante las posturas de Carl Schmitt son invaluable hoy día por plantear con rigor algunas de las críticas más fuertes y contundentes que se hayan hecho al proyecto moderno, y puntualmente al liberalismo individualista, así como claves para develar la vaciedad de la postura

positivista en el ámbito jurídico además de la importancia de los procesos fácticos como origen de la normatividad.

En Colombia la historia del control de constitucionalidad ha revestido algunas particularidades que se exponen a continuación. Originalmente la Constitución de la provincia de Cundinamarca introdujo la institución del “senado de censura” a la cual se le asignó la función primitiva de control de constitucionalidad, de ésta forma se incluyó el artículo 4 Título VII de ésta constitución que contenía la siguiente proposición “el objeto primitivo de éste senado es velar sobre el cumplimiento exacto de ésta constitución e impedir que se atropellen los derechos imprescriptibles del pueblo y del ciudadano”.<sup>151</sup> Posteriormente la constitución de la Gran Colombia de 1821 en su artículo 189 asignó el poder arbitral en materia de constitucionalidad al Congreso quedando así asignada la guarda de la supremacía de la Constitución en el legislador. De conformidad con el Decreto orgánico de 27 de agosto de 1828 Simón bolívar actuando en uso de facultades excepcionales, asignó la competencia de control al Senado de la República, manteniendo la de interpretación en cabeza del legislativo.

La constitución expedida el 29 de febrero de 1832 mantiene igualmente la competencia de interpretación de la carta en el Congreso, pero se da al ejecutivo nacional poder suficiente para suspender los actos y las resoluciones de las cámaras de las provincias por causas de inconstitucionalidad o ilegalidad, pero con cargo de dar cuenta al Congreso para su resolución definitiva mediante declaratorio de inconstitucionalidad y vigencia o declaratoria de nulidad.<sup>152</sup> Posteriormente la Constitución de 1853 otorgó la facultad al presidente para objetar por inconstitucionalidad las leyes expedidas por el Congreso, facultad que

---

<sup>151</sup> Uribe Vargas, Diego. “Las constituciones de Colombia”, tomo II. Ediciones cultura hispánica. Instituto de Cooperación Interamericana, citado por Rodríguez Navas, Jaime Enrique. Dinámica del Control de Constitucionalidad en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá: 2004. Página 8.

<sup>152</sup> Rodríguez Navas Jaime Enrique. Dinámica del Control de Constitucionalidad en Colombia. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá: 1994. Página 15.

antes solo se podía ejercer por causas políticas,<sup>153</sup> y atribuyó a la Corte Suprema de la Nación competencia para resolver sobre la nulidad de las ordenanzas municipales en cuanto fueran contrarias a la Constitución o la Ley. A través del acto legislativo No. 1 de 1858 se introdujo un sistema mixto para verificar la constitucionalidad de los actos de las legislaturas de los estados, garantizando con ello la unidad de la nación, que estaba amenazada por la dispersión propia del régimen federal.

Un cambio sustancial se presenta con la Constitución de 1863, pues en ella se faculta a los miembros de la federación para anular, mediante voto mayoritario de las legislaturas correspondientes, los actos de los poderes ejecutivo y legislativo a nivel nacional, en la medida en que los encontraran contraventores de los derechos establecidos en la constitución para los estados miembros.<sup>154</sup> La Constitución que dio inicio al proceso regenerador, mantuvo la posibilidad de que el ejecutivo objetara los proyectos de ley por inconstitucionalidad, caso en el cual sería la Corte Suprema, el órgano encargado de decidir sobre la exequibilidad o no de la ley, en caso de que las cámaras no aceptaran la objeción presentada por el presidente, pero a nivel departamental eliminó la posibilidad de que los ahora departamentos, realizaran control sobre las leyes o decretos nacional, conservando a pesar un control administrativo en cabeza del gobernador frente a los actos expedidos al interior de cada departamento.

Con ocasión de la reforma constitucional de 1910 el control de constitucionalidad de las leyes fue adjudicado a un órgano de la rama judicial: la Corte Suprema de Justicia. El control en principio fue eminentemente formal en tanto no pretendía una total adecuación de la normatividad a la constitución de entonces, la cual era más concebida como una declaración política de principios y no una norma que

---

<sup>153</sup> Dicha facultad se amplió para alcaldes y gobernadores a partir de la expedición de la ley orgánica de la administración y régimen municipal de 22 de junio de 1850.

<sup>154</sup> Rodríguez Navas. Ob. Cit. Página 20



pudiera aplicarse en la realidad concreta.<sup>155</sup> Una vez la corte asume algunas funciones de control constitucional, se expiden sendas reformas que irán reafirmando esta función. Como primera medida el Acto Legislativo número 3 de 31 de octubre 1910, en su artículo 40, introduce la noción de la superioridad constitucional dentro del ordenamiento jurídico al establecer que en todo caso de incompatibilidad entre la constitución y la ley, se aplicarían de preferencias las disposiciones constitucionales, y acto seguido otorga a la Corte Suprema de Justicia la guarda e integridad de la constitución,<sup>156</sup> superioridad y guarda que recaía en la legislatura de conformidad con la ley 153 de 1887 que buscó mantener la preeminencia del Congreso como intérprete máximo de la constitución.

No obstante fue solo a partir del quinquenio 1935 – 1940 que la Corte inicio un proceso de adecuación de las leyes a la nueva orientación política inscrita en la Constitución con ocasión de la reforma de 1936. De esta forma empezó un proceso primario de constitucionalización de la actividad legislativa, mas no de la actividad judicial del sistema en su conjunto, proceso que solo se da profundamente con la aparición de la acción de tutela que permite la constitucionalización de la totalidad de los litigios corrientes.<sup>157</sup>

Fue solo con la constitución política de 1991<sup>158</sup> que se creó un órgano con la exclusiva función de juzgar la constitucionalidad de las disposiciones normativas a la luz de los mismos contenidos de la Carta.<sup>159</sup> Así la defensa y supremacía de la misma fue asignada a la Corte Constitucional quien asumió el monopolio de la

---

<sup>155</sup> Botero Bernal, Andrés. *Haciendo memoria de la defensa judicial de la constitución*, En *Pensamiento Jurídico* No. 20. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2007.

<sup>156</sup> Galindo Poblador, Carolina. *“Las tensiones entre las perspectivas axiológica y deontológica del derecho y el modelo de principios en Colombia”* Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá 2010. Página 45.

<sup>157</sup> López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2002. Pág. 46.

<sup>158</sup> Artículo 241 de la Constitución Política de Colombia.

<sup>159</sup> La corte Constitucional se compone de nueve (9) miembros elegidos por el Senado de ternas presentadas por el presidente de la república, el concejo de estado y la corte suprema de justicia.

determinación última de la validez del conjunto de normas que se producen en el sistema jurídico colombiano, atribución de alguna mínima manera compartida con el Consejo de Estado, quien de conformidad con el acto legislativo No. 01 de 1945 asume la competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de los decretos expedidos por el gobierno nacional. Con ello se estableció el control de constitucionalidad como una actividad de carácter técnico - jurídico asignada de conformidad con la lógica de funcionamiento jurisdiccional del Estado, lo cual plantea serios problemas de legitimidad, excluyéndose eventualmente procesos de formación de opinión pública de la definición del derecho válido, como se describirá en el tercer apartado del presente capítulo.<sup>160</sup>

Como puede observarse históricamente Colombia desarrolló una dinámica propia de control de constitucionalidad durante el siglo XIX, que no puede ser silenciada so pena de no dar cuenta adecuadamente del fenómeno estudiado,<sup>161</sup> comenzó el siglo XX con la acción de constitucionalidad que constituye un hito incluso en el ámbito latinoamericano y que tuvo unos desarrollos particulares en cabeza de la Corte Suprema de Justicia hasta 1991, sin embargo el influjo de la corriente positivista y específicamente Kelseniana es innegable en la institucionalidad constitucional colombiana,<sup>162</sup> a pesar del cual la Corte Constitucional ha intentado construir un modelo propio de defensa de la constitución y con ello ha marcado un devenir particular en el proceso de la determinación del derecho válido en Colombia, devenir que no fuera posible de no haberse modificado el tratamiento de las fuentes del derecho en el concierto nacional, uno de dichos cambios lo constituyó el cambio de lugar de la jurisprudencia en donde se evidencio un paso fundamental del sistema de doctrina probable, establecida en el artículo 4 de la

---

<sup>160</sup> Estevez Araujo, José Antonio. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Editorial Trotta, Madrid: 1994.

<sup>161</sup> Botero Bernal, Andrés. *Haciendo memoria de la defensa judicial de la constitución*, En *Pensamiento Jurídico* No. 20. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2007. Página 91 – 102.

<sup>162</sup> Ver, Diego López la teoría impura. Kelsen en Bogotá. la recepción de dichos aportes teóricos tiene un origen y un desarrollo que este escrito no pretende abordar.

Ley 169 de 1896 a un sistema de fuerte de precedentes,<sup>163</sup> con lo cual los mencionado precedentes se transforman de meras figuras indicativas a ser verdaderas fuentes de derecho para los diferentes actores jurídicos del sistema jurídico nacional.

## **2. EL PAPEL DEL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN LA DEFINICIÓN DEL DERECHO VÁLIDO.**

Los tribunales constitucionales cumplen normalmente varias funciones a la vez. Aunque las distintas competencias convergen en la tarea de decidir en última instancia cuestiones de interpretación de la Constitución y, por lo tanto, en mantener la coherencia del orden jurídico.<sup>164</sup> Entre las diferentes funciones es precisamente la definición abstracta de la constitucionalidad de las leyes la actividad que más críticas ha tenido.<sup>165</sup> A pesar de tales críticas es preciso señalar que en el marco escalonado del sistema jurídico la función de la Corte Constitucional es vital a efectos de determinar la validez de las normas, aún más definitiva que la actividad de control legal que realizan los demás órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones, toda vez que solo la Corte hace la confrontación directa con la norma de más alta jerarquía, quedando incluso las demás Cortes sometidas a la decisión acerca de la constitucionalidad o no de una disposición normativa.<sup>166</sup>

---

<sup>163</sup> López Medina, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Página 30. Segunda edición

<sup>164</sup> Habermas, Jürgen. *“Justicia y legislación: Sobre la legitimidad de la jurisprudencia constitucional”* En Facticidad y Validez, Editorial Trotta, Madrid: 2005.

<sup>165</sup> En Colombia el debate sobre la acción de tutela no ha sido menor, y de hecho la inclusión de dicha acción constitucional ha propiciado un profundo proceso de constitucionalización del derecho común.

<sup>166</sup> Especial mención merece la actividad adelantada por el Consejo de Estado, quien conoce de la constitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno.

Se expondrá entonces desde lo procedimental la actividad de control que realiza la Corte Constitucional, para luego realizar un análisis de los modelos de decisión judicial.

Siguiendo la exposición de Emilia Girón Reguera<sup>167</sup>, se puede afirmar que en relación al control ejercido por la Corte Constitucional debe distinguirse el *control formal*, dirigido a constatar el sometimiento del órgano legislativo a los trámites impuestos por el mismo ordenamiento para exteriorizar su voluntad, del *control material* instituido para preservar la supremacía constitucional mediante la confrontación de contenidos, a fin de mantener en el ordenamiento solo aquellos que la interpretan y aplican fielmente, ya que, en el caso del control formal, se establece un término de caducidad de un año, pasado el cual sin que se haya presentado demanda al respecto, los eventuales vicios de forma en que hubiera incurrido el Legislador se entienden subsanados. Además en el párrafo del artículo 241 se dispuso una medida de saneamiento previo, en virtud de la cual la Corte cuando advierta vicios de procedimiento subsanables, devolverá el acto objeto de control a la autoridad que lo profirió, para que ésta enmiende el defecto observado. Subsano el vicio, procederá a decidir sobre la exequibilidad del mismo.

El control constitucional confiado a la Corte es integral, ya que al ejercer el control constitucional debe confrontar las normas impugnadas con la totalidad de los preceptos de la Carta Política, y no únicamente en relación con las disposiciones constitucionales invocadas por el actor. Por ello, si la Corte encuentra que el acto impugnado adolece de vicios de constitucionalidad materiales o procedimentales distintos a los señalados por el demandante, debe entrar a estudiarlos, aun cuando el actor no los haya considerado.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> Girón Reguera, Emilia. El control de constitucionalidad en Colombia. Ponencia presentada en el VIII congreso latinoamericano de derecho constitucional. Sevilla. 2003.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

Las sentencias que en materia de control constitucional dicta la Corte Constitucional tienen efectos generales (*erga omnes*) –salvo las sentencias de revisión de tutelas y sus decisiones sobre la procedencia de las excusas del art. 137 de la Constitución Política-, obligatorios y constitutivos o sea hacia el futuro (*ex nunc*). Igualmente hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, lo que significa que las decisiones adoptadas por la Corte en cumplimiento de su misión de asegurar la integridad y la supremacía de la Carta, adquieren un carácter definitivo, incontrovertible e inmutable, de tal manera que sobre aquellos asuntos tratados y dilucidados en procesos anteriores, no resulta admisible replantear litigio alguno ni emitir un nuevo pronunciamiento de fondo. La cosa juzgada material limita la competencia del legislador para reproducir el contenido material de la norma contraria a la Carta Fundamental. Por ello, el inciso segundo del artículo 243 de la Carta Política añade que: *“Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”*. Cuando el legislador desconoce esta prohibición, la Corte debe proferir un fallo de inexecutableidad por la violación del mandato dispuesto en el artículo 243 de la Constitución Política.<sup>169</sup>

Sin embargo, no toda la sentencia de la Corte Constitucional hace tránsito a cosa juzgada tan sólo una parte de las sentencias posee tal carácter. Únicamente goza de fuerza vinculante, en todo caso, la parte resolutive de las sentencias, pero también la argumentación de la parte motiva que guarde una unidad de sentido con el dispositivo de la sentencia, de tal forma que no se pueda entender éste sin la alusión a aquéllos. En efecto, la parte motiva de una sentencia de constitucionalidad tiene en principio el valor que la Constitución le asigna a la jurisprudencia en el inciso segundo del artículo 230: criterio auxiliar no obligatorio de la actividad judicial. Sin embargo, los fundamentos contenidos en la sentencia

---

<sup>169</sup> *Ibidem*.

que guarden relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive, así como los que la Corte misma indique, en la medida en que tengan un nexo causal con la parte resolutive de las sentencias, son también obligatorios y tienen fuerza vinculante y, en esas condiciones, deben ser observados por las autoridades y corrigen la jurisprudencia. Considerar que únicamente la parte resolutive tiene fuerza de cosa juzgada, sería desconocer que, admitiendo una norma diferentes lecturas, el intérprete se acoja a lo dispositivo de una sentencia de la Corte Constitucional e ignore el sentido que la Corte Constitucional - guardiana de la integridad y supremacía de la Carta-, le ha conferido a dicha norma para encontrarla conforme o inconforme con la Constitución.<sup>170</sup>

Sea cual fuere la modalidad de control de constitucionalidad que se ponga en funcionamiento – e independientemente del tipo de sentencia expedida – por vía de acción, por vía de cruce u objeción, por vía de excepción o a la manera de amparo o tutela, la labor del órgano de control es arbitral respecto de una relación conflictiva entre una norma que es parte del ordenamiento jurídico, y la Constitución, que goza del atributo de supremacía en dicho ordenamiento.<sup>171</sup>

Se realizará a continuación una presentación sucinta de los modelos de decisión adoptados por la Corte en el marco general de la discusión acerca de la interpretación constitucional.

Durante la segunda mitad del siglo XX se han desarrollado diferentes tentativas por construir una actividad judicial razonable y responsable en una sociedad democrática,<sup>172</sup> tentativas que desembocan en lo que en general se conoce como la teoría de la argumentación jurídica. Dentro de ésta teoría los diferentes autores

---

<sup>170</sup> *Ibíd.*

<sup>171</sup> Rodríguez Navas, Jaime Enrique. *Dinámica del control de constitucionalidad en Colombia. Control Abstracto*. Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley. 2006. 2ª edición. Página 47.

<sup>172</sup> García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas. Madrid.

sostienen que en el derecho no se puede aplicar la lógica de la misma manera que en las matemáticas o en las llamadas ciencias exactas, lo que no significa que se deba dejar de lado la discusión racional.<sup>173</sup> El mismo Robert Alexy manifestaría que “...ya nadie puede afirmar en serio que la aplicación de las normas jurídicas no es sino una subsunción lógica bajo premisas mayores formadas abstractamente.”<sup>174</sup> Así tales teorías no buscan la deducción a partir de principios incontestables sino que pretenden persuadir a través de un discurso argumentativo, en un escenario intermedio – entre la razón incontrovertible de las ciencias exactas y el decisionismo ético de la escuela del derecho libre – que es precisamente el campo de la razón práctica, el terreno de lo razonable.<sup>175</sup>

Entonces la práctica del derecho y especialmente la motivación de las sentencias adquieren una importancia trascendental “...pues el juez no está simplemente señalando su criterio personal sobre lo justo, o mostrando que se atuvo a la ley, sino que está suministrando las razones de su decisión y refutando las objeciones que le hayan sido o le puedan ser opuestas.”<sup>176</sup>

Ahora bien, a partir de la publicación de los trabajos de Ronald Dworkin se acepta que el sistema jurídico no solo está conformado por reglas jurídicas, sino que también contiene los denominados principios, los cuales no imponen la decisión judicial de forma concluyente. “En ese orden de ideas mientras las reglas son mandatos definitivos, que se aplican según el modelo de todo a nada, los principios son mandatos de optimización, que tienen una dimensión de peso que conlleva a la ponderación o balanceo en caso de tensión entre ellos...”<sup>177</sup> Los principios, en cambio, parecen ser normas jurídicas en las que (i) no hay relación de subsunción entre hechos y consecuencias (entre antecedente y consecuente),

---

<sup>173</sup> Uprimny Yepes, Rodrigo. Interpretación Judicial. Bogotá: Concejo Superior de la Judicatura, 2006. Página 154.

<sup>174</sup> Alexy, Robert. Teoría del Discurso y Derechos Humanos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995. Página 31.

<sup>175</sup> Uprimny, Rodrigo. Recapitulación de grandes modelos de interpretación. Mimeo.

<sup>176</sup> Ibídem. Página 156.

<sup>177</sup> Ibídem. Página 163.

y (ii) su contenido se expresa en lenguaje moral y político de alta abstracción sin que, se repite, se especifiquen los casos o consecuencias de su aplicación.<sup>178</sup>

Como consecuencia de lo anterior los principios son entendidos como mandatos de optimización, que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados y de que la medida ordenada en que debe cumplirse, no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios que juegan en sentido contrario.<sup>179</sup> Ahora bien, los conflictos entre los principios deben resolverse, estableciendo una relación de precedencia, condicionada a la situación de cada caso concreto. Que un principio tenga prioridad sobre otro quiere decir que se debe aplicar la consecuencia jurídica prevista por él.<sup>180</sup> Entonces entre principios de un sistema no existen relaciones absolutas de precedencia, sino de precedencia condicionada. La tarea de la optimización es precisamente establecer de manera correcta tales relaciones de precedencia condicionada, “...los principios en cuanto mandatos de optimización, exigen una realización lo más completa posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. La referencia a las posibilidades *fácticas* lleva a los bien conocidos principios de adecuación y necesidad. La referencia a las posibilidades *jurídicas* implica una ley de ponderación que puede ser formulada como sigue: Cuanto más alto sea el grado de incumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro. La ley de ponderación no formula otra cosa que el principio de la proporcionalidad en sentido estricto.”<sup>181</sup>

Tales desarrollos teóricos adquieren su dimensión práctica, entre otros casos, cuando la expedición de legislación busca, al menos en teoría, el logro de un fin constitucionalmente aceptable; pero a veces la consecución del fin aceptable

---

<sup>178</sup> López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Concejo Superior de la Judicatura, 2002. Página 48.

<sup>179</sup> *Ibidem*. Página 95.

<sup>180</sup> *Ibidem*. Página 99.

<sup>181</sup> Alexy, Robert. “*Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*” En Derecho y Razón Práctica. México: Fontamara. 1993. Página 18.



ocasiona la restricción de un derecho fundamental. La respuesta legalista sería darle prioridad absoluta a la ley, (Respeto del principio democrático) mientras la respuesta constitucionalista sería darle primacía a los derechos (Supremacía de la constitución). El problema es que las dos soluciones son *parcialmente correctas*. Lo cual puede ser resuelto mediante la ponderación (legitimidad, necesidad y urgencia de la legislación frente a la importancia y fundamentalidad del derecho conculcado).

Uno de los más recientes métodos de interpretación judicial lo constituye precisamente “La Ponderación”, que se materializa a través de los denominados “Test”<sup>182</sup> mediante los cuales se permite acomodar los intereses en choque a partir de la misma ponderación entre intereses contrapuestos (Ley contra derechos o derechos contra derechos). En Colombia el test de razonabilidad o proporcionalidad es el que se usa en mayor medida para el análisis de la constitucionalidad de la legislación, y presupone la ponderación entre dos conceptos normativos (principios, derechos constitucionales, derechos fundamentales) de igual jerarquía que colisionan entre sí, de forma tal que se establezcan los límites razonables entre ellos mediante la optimización de los mismos según las condiciones fácticas y jurídicas.<sup>183</sup>

Entonces el denominado por algunos autores principio de proporcionalidad propugna porque al resolver la colisión de principios mediante ponderación no se sacrifique ninguno de los dos principios sino que ambos se realicen en la mayor medida de lo posible. No obstante dichas metodologías y avances en la “justificación y argumentaciones de las decisiones expedidas por el tribunal constitucional” en Colombia se presentan unas particulares que es preciso mencionar.

---

<sup>182</sup> Un test es una formulación verbal usualmente en pasos o etapas que la corte constitucional utiliza como forma de balancear y ponderar entre intereses contrapuestos. Los test que generalmente utiliza la corte constitucional colombiana, siguiendo a López Medina, son el test de razonabilidad, el test de igualdad y el test de ponderación concreta

<sup>183</sup> López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación Constitucional*. Bogotá: Concejo Superior de la Judicatura, 2002. Página 48.

Como fuera señalado por Mejía Quintana y Galindo Poblador<sup>184</sup> no cabe duda de que el modelo de ponderación adoptado por la Corte Constitucional ha generado en muchos casos incertidumbre sobre la procedencia de las acciones judiciales para la protección de los derechos fundamentales, desencadenando situaciones de inestabilidad social y política, en las que han sido desfavorecidos amplios sectores de la población por considerar que dentro de la ponderación de las situaciones de vulneración la afectación de un derecho fundamental no sobrepasa el test de razonabilidad.

La dificultad original para la interpretación de los principios y valores, fue anticipada por el Magistrado Ciro Angarita<sup>185</sup> quien intentó introducir un criterio de ordenamiento sistémico en la interpretación de la constitución como se desprende de la aclaración de voto de la sentencia T – 406 de 1992. Respecto del reglamento de la Corte Constitucional es claro que las decisiones al interior de la misma se toman con base en la regla de la mayoría a partir de acuerdos y no de consensos, con lo cual se puede concluir que la misma legitimidad de las decisiones se encuentra en entredicho, sino que además no permite tomar decisiones deontológicas “justas para todos” sino axiológicas “buenas para algunos” propiciando con ello una inseguridad jurídica por la imprevisibilidad de las decisiones, y fracturando el tejido social por la no aceptación generalizada de las mismas.<sup>186</sup> Con ocasión de estas dificultades, y de otras veamos cuales son las críticas al modelo de adjudicación constitucional por parte de los tribunales constitucionales.

Efectivamente, dentro del dilema sobre asumir, de una parte, una perspectiva deontológica, en una tradición rawlsiana, dworkiniana y habermasiana, en la cual

---

<sup>184</sup> -Mejía Quintana, Oscar y Galindo Poblador, Carolina. “*La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos*” En Jairo Estrada (ed) *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América latina*, Bogotá DC: Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp 383-406.

<sup>185</sup> Sentencia T 406 de 1992.

<sup>186</sup> Mejía Quintana, Oscar. “*La corte constitucional entre la emancipación social y la eficacia sistémica*”. Revista Pensamiento Jurídico No. 15. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2002. Página 48.

se establezca el peso de los principios a través de mecanismos discursivos, racionales y argumentativos, y, de la otra, una perspectiva axiológica en la línea de Robert Alexy, en la que los Derechos Fundamentales son interpretados como bienes jurídicos optimizables, la Corte Constitucional colombiana se ha inclinado por la segunda de ellas.<sup>187</sup>

Siguiendo el Planteamiento de Galindo la Corte consideró en un principio que la inclusión de los principios no respondía a un mero agregado simbólico, sino que se trataba de un instrumento a través del cual se mantienen las relaciones entre los gobernantes y los gobernados para que contribuyan al proceso de consolidación de la sociedad conservando la integridad y la supremacía de la Constitución. Sin embargo, posteriormente, al adoptar el mecanismo de la ponderación pura y simple, se dio lugar a que las decisiones de la Corte dejaran por fuera de sus consideraciones a grandes sectores sociales cuyos derechos fundamentales fueron vulnerados, pero sin que las situaciones sobrepasaran el test de razonabilidad. *“Esta situación, que puede resumirse en decisiones buenas para algunos, agudizó situaciones sociales que veían en las decisiones de la Corte una forma de salida, con lo cual aumentó la complejidad del sistema jurídico, pues se generó un gran número de expectativas que no son de posible cumplimiento y no se garantizó de ninguna manera la justicia material. La falta de uniformidad en la jurisprudencia constitucional aceleró de esta manera procesos de inestabilidad social.”*<sup>188</sup>

Recapitulando se puede afirmar que en la práctica de los procesos de constitucionalidad, lo que menos ocurre es la simple comparación formal entre la norma acusada y la constitución, tal como lo teorizara originalmente Kelsen para el

---

<sup>187</sup> Galindo Poblador, Carolina. “Las tensiones entre las perspectivas axiológica y deontológica del derecho y el modelo de principios en Colombia”. Tesis de Grado. Universidad Nacional de Colombia, 2010. Páginas 64 a 66.

<sup>188</sup> Ibidem. Páginas 66.

caso del tribunal austriaco.<sup>189</sup> En la práctica la labor del juez constitucional es una labor típicamente hermenéutica afectada por profundos cambios en la práctica y la teoría jurídicas desencadenados particularmente en la segunda parte del siglo XX.

Tales cambios se evidencian en (i) el redescubrimiento de los principios jurídicos, esto es, la aceptación de que el sistema jurídico no solo está conformado por proposiciones normativas – normas – sino también por normas de “textura abierta” como ya fuera recientemente expuesto, y de otro lado en (ii) el creciente protagonismo social y político de los jueces, lo que está asociado a los procesos de constitucionalización del derecho común, debido al carácter normativo de la constitución y a la introducción de distintas formas de justicia constitucional.

En conclusión los procesos jurídicos para determinar la validez de las normas jurídicas no son simples procesos de constatación formal de reglas, sino que conllevan la utilización de otros mecanismos de interpretación y aplicación. No obstante este proceso no fue pacífico en el ambiente colombiano, originalmente fueron el historicismo y el originalismo las estrategias más populares para la interpretación de la Constitución, y ante la insuficiencia de los mencionados criterios se desplegaron las estrategias de interpretación sistemática e histórica, y ante la pluralidad de principios y valores constitucionales la respuesta fue la ponderación o el balanceo antes mencionados. De la mano del reconocimiento de los principios y valores constitucionales hoy día la creciente constitucionalización del derecho ha implicado una mayor vinculación entre derecho, moral y política.

Utilizando la jerga propia de la teoría sistémica, sea preciso señalar que es a partir de la acción de constitucionalidad que el juez puntualmente logra la reducción de la complejidad del sistema social en su conjunto, es a través de dicha acción que se pone en evidencia la tensión entre hechos y normas y se evidencia igualmente

---

<sup>189</sup> Aunque los métodos gramaticales o lógicos son el comienzo ineludible de la interpretación constitucional.

el carácter jurídico – político de sus decisiones. Ahora bien, históricamente la corte constitucional colombiana ha tenido dificultades importantes para la reducción de dicha complejidad del sistema jurídico, así como para la adopción de un modelo de adjudicación constitucional que garantice una interpretación deontológica de la constitución. Siguiendo a Mejía Quintana<sup>190</sup> se tiene que son dos las causas de dicha afirmación: a pesar de los avances en las teorías argumentativas mencionadas en Colombia se evidencia (i) la inexistencia de unos principios sistémicos delimitados y jerarquizados que permitan asegurar la reducción de la complejidad y (ii) la inexistencia de un procedimiento de decisión al interior de la Corte que al garantizar el consenso, posibilite la unidad y completud del sistema jurídico en la misma perspectiva, sin que las decisiones se transformen en buenas para unos.<sup>191</sup>

Se presenta entonces en la actualidad un conjunto de críticas asociadas puntualmente a las técnicas usadas por los tribunales para resolver los conflictos entre derechos, toda vez que los mismos (test de razonabilidad, igualdad, ponderación concreta) no son verdaderamente tan neutrales y eficientes como parecen. Si los test fueran tan imparciales la carga argumentativa no sería como lo es, abundante para sostener las diferentes posturas jurídicas, así como estructuralmente se ha sostenido que dichas herramientas han permitido de alguna forma burlar los derechos y la misma justiciabilidad de los derechos sociales. “De esta manera los derechos clásicos de libertad siguen optimizándose” – lo cual no deja de entrañar algo de cierta lógica mercantilista, mientras los derechos social se “armonizan”,<sup>192</sup> esto es, se disminuyen para hacerlos digeribles por el sistema jurídico. La armonización o ponderación en la medida en que expresan ese prejuicio político, serían por tanto altamente criticables. El

---

<sup>190</sup> Mejía Quintana, Oscar. “La corte constitucional entre la emancipación social y la eficacia sistémica”. Revista Pensamiento Jurídico No. 15. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2002. Página 47.

<sup>191</sup> Ibídem. Página 47.

<sup>192</sup> Diego López. Op Cit. página 62

objetivo constitucional continuaría siendo, en todo caso, la optimización conjunta de derechos de libertad y de derechos sociales, y no la moderación, de los derechos prestacionales de segunda generación.<sup>193</sup>

En el campo puntual de la adjudicación el hecho de que el control de constitucionalidad recaiga en un tribunal constitucional – judicial – ha propiciado la ampliación a éste ámbito de todas las problemáticas propias de la interpretación judicial de siglo XX, y en este marco particularmente el tema de la inclusión de principios ha generado una mayor indeterminación del derecho, tal como ha sido sostenido entre otros por los *Critical Legal Studies* o el *Uso Alternativo del Derecho*. La interpretación, y aún con mayor razón la interpretación constitucional, es una actividad eminentemente política. Así según lo mencionado por Kennedy los jueces deben tomarse en serio la ideología.

Posturas críticas como las mencionadas son bastante explicativas de la realidad colombiana si se tiene en cuenta la radical indeterminación del derecho que tiene su origen en las mismas tensiones constitucionales generadas con ocasión del proceso constituyente de 1991, así como la misma existencia al interior de la carta de varios modelos constitucionales de sociedad que alimentan el contenido de lo que en este escrito se ha llamado a los diferentes equivalentes conceptuales de la norma básica.

Ante tal indeterminación el juez tiene un margen de maniobra consecuencia de una multiplicidad de opciones valorativas, en donde afloran inevitablemente los intereses operantes en la sociedad. Dicha indeterminación desencadena el favorecimiento de los más fuertes en los procesos constitucionales, lo cual bajo algunos presupuestos es un problema cultural, pero en esencia es un problema netamente político que se escudriña bajo la supuesta neutralidad o apoliticidad del

---

<sup>193</sup> Diego López. Op Cit. página 62

juez lo cual es en realidad una opción a favor de la conservación del *statu quo* y de los intereses socialmente dominantes.

### 3. DEMOCRACIA Y TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.

Como lo plantea Roberto Gargarella serias dudas persisten con ocasión del control de constitucionalidad de las leyes, preguntas tales como porqué jueces sin ningún tipo de representación ciudadana, ni sujetos a responsabilidad electoral alguna siguen tomando las decisiones más importantes en la vida nacional, cómo éste mismo grupo de jueces siguen tomando dichas decisiones pese a estar sometidos a toda la dinámica de las relaciones de poder al interior del Estado, cómo éste selecto grupo judicial toma dichas decisiones en la soledad de sus despachos y no el marco de la reflexión colectiva, eso sin contar con el azar de contar con “buenos jueces” cosa discutible igualmente.

A la luz de tan altos cometidos asignados al Tribunal Constitucional evidentemente se puede preguntar en términos generales por la legitimidad del proceso de determinación del derecho válido – juicios de constitucionalidad – cuando quienes deciden que norma pertenece o no al sistema jurídico no son electos democráticamente.<sup>194</sup> En Colombia en términos de democratización e incluso de progreso<sup>195</sup> la jurisprudencia constitucional ha jugado un papel importante, pues vía definición de la validez de las disposiciones normativas, ha propiciado el desarrollo de algunos contenidos particulares de la norma básica fundante. Oscar Mejía Quintana y Lina Mapura Ramírez<sup>196</sup> explican como esa tendencia

---

<sup>194</sup> Estevez Araujo, José Antonio. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Editorial Trotta, Madrid: 1994.

<sup>195</sup> Mejía Quintana Oscar y Mapura Ramírez Lina María. *Derecho y Cosificación social: Límites y paradojas de la jurisprudencia emancipatoria*. Universidad Nacional de Colombia.

<sup>196</sup> Ibidem.

progresista y protagónica de la Corte Constitucional tenía su origen, entre otros, en la larga tradición del control de constitucionalidad de las leyes en Colombia y en las mismas competencias de anulación de fallos de los demás tribunales, sin embargo ya se planteaba una crítica en el marco de la cosificación interna del mundo de la vida, crítica que encuentra una dimensión diferente en la denominada “dificultad contramayoritaria” desarrollada originalmente por Bickel.<sup>197</sup>

La crítica originalmente planteada por Bickel,<sup>198</sup> Ackerman,<sup>199</sup> John Hart Ely<sup>200</sup> hace hincapié en la formación “aristocrática” de éstos tribunales y particularmente en un peligro latente ¿Quién garantiza que el tribunal constitucional no se desborde a su vez, con lo cual el gobierno deja de ser limitado? ¿Cómo debe el juez constitucional ejercer su poder en una democracia? En efecto, cuando los criterios para la determinación del derecho válido son amplios como en el caso colombiano y el tribunal constitucional cuenta con una gama considerable de principios y valores para orientar sus decisiones, el margen de discrecionalidad e indeterminación se amplía.<sup>201</sup> A continuación se presentará en tres partes el conjunto de críticas frente a la actividad del tribunal constitucional.

---

<sup>197</sup> Bickel, Alexander. *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*. New Haven: Yale University Press. 1984.

<sup>198</sup> Bickel, Alexander. *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*. New Haven: Yale University Press. 1984.

<sup>199</sup> Ackerman quien adhiere a la crítica contramayoritaria pero distinguiendo claramente entre las decisiones que son producto de la política cotidiana y aquellas que son producto de la movilización ciudadana, y por ende trascendentales. La justicia constitucional para este autor igualmente es necesaria para preservar las decisiones fundamentales de la comunidad, frente a aquellas decisiones coyunturales adoptadas por los legisladores de turno que desconozcan los acuerdos fundamentales. Ackerman, Bruce. *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona: Ariel, 1995 y *La Política del Diálogo Liberal*, Barcelona: Gedisa, 1998.

<sup>200</sup> Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Universidad de los andes, Siglo del Hombre, Bogotá: 1997

<sup>201</sup> Troper, Michael, *El poder judicial y la democracia*, En Poder Judicial y democracia, FICA, ASONAL JUDICIAL, ILSA, Bogotá: 2005.



Siguiendo a Gargarella<sup>202</sup> se han planteado diferentes alternativas de superación tales como la conservadora que consideraba que el control de las leyes debía recaer efectivamente en una minoría racional y económicamente aventajada con la suficiente libertad y capacidad para decidir lo mejor y más conveniente para una sociedad, *toda vez que para la toma de decisiones correctas o imparciales no era necesario consultar a todos los individuos potencialmente afectados por tales decisiones*. En el seno de dicha postura se planteó uno de los argumentos clásicos de defensa de la Constitución, y se planteó así por Gargarella “al anular la ley, el poder judicial ratifica la supremacía de la constitución, que el documento que más fielmente refleja la voluntad soberana del pueblo.”<sup>203</sup> Frente a dicha postura se sostuvieron particularmente tres críticas (i) la constitución no necesariamente refleja la voluntad soberana pues a los procesos constitucionales no concurren generalmente la totalidad de los estamentos sociales, (ii) adicionalmente nada evita que el consenso original que generó la constitución pueda ser redefinido en el tiempo, lo cual se escaparía al control de constitucionalidad, que quedaría anclado a las reglas de un momento constitucional ya superado, y finalmente (iii) hay una dificultad asociada al proceso de interpretación constitucional. Hamilton entendía que la interpretación de la constitución era un proceso automático mediante el cual se deba “lectura a la constitución”, sin embargo en la práctica judicial el proceso interpretativo es ante todo un proceso creativo.

Otra alternativa de la dificultad contramayoritaria es la populista que plantea que (i) sean las propias asambleas legislativas que realicen el control de constitucionalidad de la leyes, con lo cual no se supera la dificultad contra mayoritaria, pues aunque eventualmente se aumentaría el número de los intervinientes, es imposible que toda la comunidad participe en los procesos de revisión de normas, e igualmente plantearían (ii) otras alternativas como someter a

---

<sup>202</sup> Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, Barcelona: 1996.

<sup>203</sup> *Ibíd.* Página 52.

elección popular a los jueces, lo cual no garantiza tampoco que los representantes judiciales mantengan y hagan respetar la voluntad popular.

Gargarella finalmente habla de algunas soluciones intermedias, las cuales aceptan el predominio del control de constitucionalidad pero pretenden limitar los elementos conservadores de dicho control. La primera de ellas hace relación a la existencia de grupos de presión de los sectores más desventajados que participe activamente en los procesos de adjudicación constitucional, la segunda a la introducción de jurados y jueces legos como forma de acercamiento de la judicatura a la ciudadanía, la tercera en la modificación de la forma como son seleccionados los jueces y la cuarta trata de dotar de un carácter eminentemente político a los tribunales constitucionales a efectos de resolver los intrincados problemas sometidos a esta justicia con fundamento en la dinámica política y social. Sin embargo ninguna de dichas soluciones es exitosa en la medida en que se debe seguir contando con un órgano minoritario que va a resultar tomando las decisiones más complejas para la sociedad en su conjunto.

Como una respuesta a la debilidad de las posturas conservadoras - elitistas, populistas e intermedias Gargarella desarrolla las respuestas que se pueden dar desde la tradición radical. Dicha tradición sostiene en principio que todos los seres humanos son iguales y están igualmente dotados de razón y que la toma de decisiones imparciales se favorece tomando en cuenta efectivamente, la opinión de todos los individuos potencialmente afectados por la decisión en juego.<sup>204</sup> Dicha postura parte de la dificultad para compatibilizar su convencido respaldo a la regla de la mayoría con la aceptación de que las mayorías podían equivocarse o guiarse por pasiones momentáneas, adicional al posible abuso de autoridad que posiblemente puedan ejercer los funcionarios que representan dicha mayoría. A

---

<sup>204</sup> Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, Barcelona: 1996. Página 121.

continuación se presentarán dos autores que pretenden enfrentar dichas dificultades desde la postura radical, estos son Bruce Ackerman y John Ely Hart.

Bruce Ackerman en sus escritos procura dar cabida a dos intuiciones fundamentales: por una parte, en una democracia el que debe gobernar es el pueblo y no algún cuerpo elite como el poder judicial. Es la propia ciudadanía la que debe decidir cómo gobernarse, definiendo ante cada problema constitucional el rumbo a tomar. Por otra parte, enfatizó que no todas las decisiones que toman las mayorías merecen ser igualmente consideradas. Deben reconocerse diferencias entre una constitución y una ley dictada por simple mayoría<sup>205</sup>. Esto pues la existencia de la constitución no es razón para que la sociedad llegue a acuerdos fundamentales posteriormente.

El punto central de la teoría de Ackerman es que existen dos tipos de decisiones fundamentales dentro de una democracia. En primer lugar, se encuentran las decisiones que toman los ciudadanos, esto es, las decisiones constitucionales que se expresan a través del dictado de la constitución. En segundo lugar, están las decisiones que toma la ciudadanía a través de su gobierno y que se expresan a través de las leyes nacionales. Las decisiones del primer tipo son infrecuentes. Los debates constitucionales habrían reflejado este primer tipo de decisiones. Sin embargo, otras decisiones, que podrían llamarse momentos constitucionales, contienen procesos de reorganización muy profundos. El segundo tipo de decisiones es más normal y constituye el tejido de la política cotidiana. A través de sus mandatos, los representantes de la ciudadanía tratan de satisfacer los intereses generales. Sin embargo, los representantes no tienen autoridad para revocar las más sustanciales expresiones de la ciudadanía, que se reflejan en aquellas otras decisiones de primer nivel. De este modo, Ackerman le da parcialmente la razón a Hamilton al sostener que en la constitución se encuentra incorporada la voluntad del pueblo y que ésta debe ser respetada. En este

---

<sup>205</sup> Roberto Gargarella, La Justicia Frente al Gobierno, Barcelona: Ariel, 1996, pp. 132-133.

contexto, los jueces deben respetar el acuerdo constitucional básico si no quieren convertirse en funcionarios contramayoritarios.<sup>206</sup> Por ello, Ackerman no negará la importancia de la constitución, pero tampoco ignorará la posibilidad de nuevos acuerdos sociales básicos, no expresados en la constitución ni en una nueva<sup>207</sup>.

La teoría presentada por Ackerman resuelve los inconvenientes propios de la revisión judicial. Sin embargo, sus puntos de vista se encuentran igualmente sujetos a numerosas dificultades, sostiene Gargarella. Una primera objeción es la de por qué se debe pensar que existen dos niveles de acción política. Aunque parezca cierto que no todas las decisiones políticas se encuentran en un idéntico nivel, en cuanto no es lo mismo dictar una constitución que una ley, reconocer esto no lleva a aceptar la presencia de dos tipos diferentes de decisiones. Podría decirse que existen varios niveles de acción política o que efectivamente existen diferencias entre distintas decisiones sin que éstas permitan delinear separaciones tan drásticas como las señaladas por Ackerman. Una segunda objeción a la teoría de Ackerman haría referencia al papel de los jueces dentro de su concepción. Aceptando su distinción de niveles, por qué habría de aceptarse que la justicia, en tanto Corte Suprema, es la institución mejor capacitada para distinguir entre dichos niveles y por qué habría de aceptarse que sea esta la que se encargue de la protección de las decisiones constitucionales. Tampoco son claros cuáles han de ser los criterios a tener en cuenta para proteger tales decisiones constitucionales por cuanto puede ocurrir que una misma decisión constitucional tenga apoyo universal pero por razones contradictorias. Aunque todos estuvieran de acuerdo con ciertos principios consolidados, tendría que resolverse cómo interpretar el significado de tales principios, a la luz de los casos concretos que se

---

<sup>206</sup> Mejía Quintana, Oscar. "*Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa*" en Andrés Hernández (comp), *Republicanismo Contemporáneo*, Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, 2002.

<sup>207</sup> Roberto Gargarella, *La Justicia Frente al Gobierno*, Barcelona: Ariel, 1996, pp. 134.

presentan. En ese marco, no resulta evidente que el poder judicial sea el órgano más adecuado para llevar adelante dicha tarea.<sup>208</sup>

El segundo representante de la tradición radical corresponde a John Ely quien en un clásico del constitucionalismo estadounidense *Democracia y Desconfianza*, trata de responder al problema crucial, y eterno, a la vez, cotidiano de la legitimidad del control de constitucionalidad en Estado Unidos donde se ha tomado en serio tanto la democracia como el poder de los jueces. El problema radica en cómo preservar el noble sueño de unos jueces que hacen cumplir la constitución para defender la voluntad popular cuando es desconocida por gobernantes, sin terminar en la pesadilla de unos jueces que imponen sus propias decisiones por encima de las adoptadas por los representantes elegidos periódicamente por el pueblo para gobernar en ejercicio de su mandato democrático.<sup>209</sup>

Ely enfila su crítica contra el *interpretativismo* y los *valores sustantivos*. El interpretativismo señala que las disposiciones constitucionales deben ser abordadas como unidades independientes e interpretadas sobre la base de su lenguaje y con ayuda de la historia legislativa sobre la materia, lo cual para Ely representa una forma bastante inadecuada para interpretar la voluntad popular, toda vez que lo que se logra con ello, es imponer a las generaciones futuras la visión de la voluntad que aprobó la constitución, aunado a su incapacidad para dar cuenta de la interpretación de las cláusulas abiertas de la constitución. De otro lado señala que recurrir a los valores sustantivos es igual de violatorio de los principios democráticos, toda vez que la Corte Suprema de Justicia – tribunales constitucionales - no cuenta con la legitimidad para tomar decisiones políticas. Ely señala como fuentes de valores sustantivos el derecho natural, los principios neutrales, la razón, la tradición y el consenso. Ely concluye que “un enfoque

---

<sup>208</sup> Mejía Quintana, Oscar. "*Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa*" en Andrés Hernández (comp), *Republicanismo Contemporáneo*, Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, 2002.

<sup>209</sup> *Democracia y desconfianza*. Pag. XI.

interpretativista – al menos uno que aborde las disposiciones constitucionales como unidades independientes – se muestra incapaz en sus análisis de ser fiel al espíritu evidente de algunas de las disposiciones. Sin embargo, cuando buscamos una fuente externa de valores con la que rellenar la textura abierta de la constitución – una fuente que no acabe convirtiendo al tribunal en una junta de revisión legislativa – buscamos en vano”.<sup>210</sup>

La respuesta del autor nace necesariamente de la interdisciplinariedad, el juez constitucional no debe centrarse en los métodos de interpretación para desentrañar el significado del texto constitucional. Un juez conservador en su aproximación a la interpretación constitucional puede ser muy activista e, inclusive, intervenir de manera ilegítima en una democracia, en los procesos decisorios sustentados en votaciones populares. El juez constitucional no puede pretender fundamentar sus decisiones en “valores fundamentales”, porque no existe ninguna fuente imparcial, no subjetiva, de valores.<sup>211</sup> En consecuencia la apuesta de Ely es por una judicatura constitucional que sea garante del buen funcionamiento de los canales representativos para asegurar que los representantes representen.<sup>212</sup>

A pesar de que la discusión adelantada por Ely se circunscribe al funcionamiento de los tribunales constitucionales en los actuales estados democráticos, lo cierto es que para este autor la justificación del derecho y puntualmente la justificación de las decisiones de los órganos de cierre está mediada por una intrínseca relación entre derecho y democracia. No es posible entender el funcionamiento de los tribunales y cortes constitucionales si no se acepta que en el trasfondo de las decisiones jurídicas operan los diferentes procesos políticos que legitiman las normas jurídicas. No es posible la determinación del derecho válido, entendiendo validez como pertenencia, si los procesos de participación no se trasforman en verdaderos mecanismos que garanticen que los intereses y puntos de vista de

---

<sup>210</sup> Ely Hart. Op Cit. Pag. 73.

<sup>211</sup> Ely Hart. Op Cit. Pag. XIII.

<sup>212</sup> Estevez. Op Cit. 78.

todos los afectados con la norma pueden expresarse y ser tenidos en cuenta en los procesos constitucionales. Así mismo es preciso concluir que Ely entiende la constitución como procedimiento, pero no va tan lejos como otros autores entre ellos Häberle,<sup>213</sup> quienes conectan la constitución con los procesos políticos y sociales y específicamente con los procesos de construcción de opinión pública.

Ante tales posturas frente al control de constitucionalidad es preciso concluir con Gargarella en la consideración de una forma alternativa de la democracia, la denominada democracia deliberativa. Tal concepción parte de la idea de que un sistema político funcionada adecuadamente cuando las decisiones que promueve son imparciales, lo cual se logra en un escenario amplio de discusión pública. Precisamente el valor de dicha democracia “recae en su naturaleza epistémica con respecto a la moralidad social.” En este sentido la democracia es el procedimiento más confiable para poder acceder al conocimiento de los principios morales, razón por la cual ese valor epistémico está asociado al conocimiento de los intereses de los otros y a la justificación de la justicia en el entendido de que la deliberación permite superar los eventuales errores facticos o lógicos, así como los emocionales que están presente en la discusión pública. En este contexto el control de constitucionalidad de las leyes juega un papel vital pues los jueces pueden y deberían adoptar medidas que promuevan el proceso de deliberación pública y la toma de decisiones más reflexivas.<sup>214</sup>

## Conclusión

En este apartado se dio cuenta de un conjunto de debates fundamentales a efectos de comprender la forma como la dinámica constitucional interviene en la definición del derecho válido. Se inicio con el debate sobre la defensa de la

---

<sup>213</sup> Häberle, Pöter. *Verfassungstheorie ohne Naturrecht*: AöR 99 (1974), pp 437 – 463, citado por Estevez. La constitución como proceso. Pag 80 – 89.

<sup>214</sup> Nino, Carlos Santiago. La constitución de la democracia deliberativa. Barcelona, Gedisa: 1997. Páginas 258 a 295.

constitución y la forma como dicha característica propia de los Estados constitucionales y democráticos modernos fue implantada en Colombia. Posteriormente se intentó caracterizar la forma como la Corte Constitucional ejerce su función de garantizar la supremacía de la constitución a través del control de constitucionalidad de las leyes, para luego abordar los modelos de decisión adoptados por la Corte. Finalmente se abordó el debate sobre el control de constitucionalidad y su relación con el modelo democrático, y las implicaciones de dicho control para la definición del derecho al interior de los ordenamientos jurídicos.

La Corte Constitucional colombiana ha intentado construir un modelo propio de defensa de la constitución y con ello ha marcado un devenir particular en el proceso de la determinación del derecho válido en Colombia, devenir que no fuera posible de no haberse modificado el tratamiento de las fuentes del derecho en el concierto nacional, uno de dichos cambios lo constituyó el cambio a un sistema de fuerte de precedentes. Sin embargo, la adopción de los diferentes mecanismos de ponderación dentro de la práctica concreta de adjudicación por parte del tribunal constitucional ha dado lugar a que las decisiones de la Corte dejen por fuera de sus consideraciones a grandes sectores sociales cuyos derechos fundamentales han sido vulnerados, como lo ha señalado Mejía Quintana a partir de los aportes del paradigma consensual discursivo tal situación puede resumirse en decisiones buenas para algunos, y no justas para todos.

Dicha complejidad se profundiza si se tiene en cuenta las dificultades para implementar alternativas de democratización del control de constitucionalidad. Si bien es un debate profundo al interior de la teoría jurídica y política, bien se puede concluir que la principal falla del control de constitucionalidad recae en las dificultades para escuchar las voces de las minorías en los procesos de adjudicación constitucional. De forma tal que las alternativas de solución deben tener en cuenta las posibilidades de mejorar los arreglos institucionales a efectos



de que la institucionalidad cuente con la posibilidad de generar espacios abiertos de discusión pública, pues en todo caso, lo que se resuelve allí es la definición de lo que es derecho, esto es el conjunto de reglas imparciales que permiten juzgar el adecuado funcionamiento de los sistemas jurídico y político.

De lo anterior se deriva el papel mediador que Habermas confiere al Tribunal Constitucional en las sociedades complejas como hermeneuta político-jurídico de esa soberanía popular activa y plural y su deber imperativo de conciliar la tensión entre hechos y normas desde una perspectiva que garantice la más amplia participación de los afectados en los procedimientos democráticos. Lo que supone, precisamente, que el tribunal asuma, como paradigma de adjudicación constitucional, el discursivo-procedimental que Habermas propone como el más adecuado, como colorario de los constructos de Rawls y Alexy.

### **CAPÍTULO 3. LAS TRANSFORMACIONES DEL CONTENIDO DE LA NORMA BÁSICA EN COLOMBIA A PARTIR DEL ANÁLISIS CRÍTICO DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.**

#### **Introducción**

Como se expusiera en el capítulo anterior la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha propiciado un cambio en los criterios de la determinación del derecho válido en Colombia, esto se ha evidenciado a partir de (i) la inclusión en el debate colombiano de la distinción entre reglas y principios, y (ii) un régimen de precedentes fuerte. A pesar de dichas herramientas existe un grado de indeterminación elevado en el sistema jurídico con ocasión de (i) la existencia de diferentes modelos de sociedad que pugnan en el debate constitucional, y (ii) el mismo fracaso del sistema de principios, valores y finalidades estatales producto de la adopción de un modelo de adjudicación que privilegia decisiones buenas para algunos y no para todos.

En este sentido lo que se ha podido percibir es que cada Corte – y con ello el debate acerca de su composición – a marcado algunos derroteros importantes en el desarrollo de algunos de los proyectos de sociedad establecidos en la carta. Así se puede leer el abandono de los desarrollos de lo “social” en el marco del estado de derecho, para promover lo “neoliberal” que quedó consagrado como proyecto de las élites colombianas en la misma carta constitucional, y dicho abandono de lo social se radicaliza a partir de la constitucionalización de la reelección presidencial que repercute profundamente en el sistema de pesos y contra pesos hasta amenazar su propia existencia.

Tal vuelco constitucional no se agota en el citado cambio, la indeterminación en el conjunto de los mismos valores y principios constitucionales establecidos en la Constitución política de 1991 ha permitido un margen de discrecionalidad considerable con lo cual queda en evidencia el carácter eminentemente político de las decisiones del tribunal, lo cual permite concluir que actualmente el escenario constitucional se debate entre la defensa de lo queda del proyecto de sociedad establecido en 1991, y la implantación de la lógica del sistema político lo cual tiene implicaciones importantes en la determinación de los contenidos materiales de validez del derecho.

El criterio de distinción básico del sistema político, lo constituye la lógica amigo - enemigo, que por esencia implica la eliminación de los procedimientos democráticos para regirse por la excepción propia de los regímenes autoritarios, confirmando de paso la tendencia autoritaria de los sistemas político y jurídico colombianos. Con lo cual queda en entredicho el carácter emancipatorio que pueda tener eventualmente el derecho en general y la jurisprudencia constitucional en particular.

A continuación se expondrá desde una postura claramente crítica la problemática asociada a la indeterminación del sistema jurídico colombiano y la pluralidad de criterios de validez material, para finalizar con las limitaciones de la jurisprudencia constitucional para liderar procesos de emancipación social con ocasión del origen profundamente conservador de su actividad y su carácter eminentemente dependiente de la dinámica de lo político.

## **1. LA INDETERMINACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO COLOMBIANO Y LA PLURALIDAD DE CRITERIOS DE VALIDEZ MATERIAL EN COLOMBIA.**

La definición del contenido de la norma básica o de los criterios mínimos que componen su materialidad, aceptando que el contenido de la norma básica no es vacío sino que tiene un reflejo en la realidad de las relaciones políticas imperantes y las características propias de los sistemas jurídico y político, puede leerse en la realidad colombiana a partir de los modelos de sociedad que propició la constitución política de 1991.<sup>215</sup> Es así como para algunos coexisten al menos tres modelos que se debaten por imponer su visión del mundo; el derivado de la clausula del Estado Social de Derecho, el modelo neoliberal y finalmente el modelo multicultural.<sup>216</sup>

Modelos que sin embargo no han propiciado una mayor cohesión sino por el contrario una fragmentación social que amenaza la misma coexistencia de las diferentes formas de vida. Cuando el derecho – mediante la constitución – debía jugar un papel importante de co-constitución y refundación de la sociedad, mediante la definición de un nuevo un mito fundacional de carácter democrático, fue efectivamente utilizado para enmascarar un acuerdo de élites que se guió bajo la lógica de la negociación de intereses y no de la construcción democrática de consensos.

Aunque la constitución de 1991 trajo consigo cambios fundamentales en relación con la carta de 1886, tales como la inclusión de los principios constitucionales del Estado Social de Derecho y los mecanismos para la protección de nuevos

---

<sup>215</sup> Orjuela Luis Javier, “*Colombia: Dos proyectos de sociedad enfrentados*”, en Mason, Ann y Orjuela Luis Javier (eds), *La crisis política colombiana*, Bogotá: Universidad de los Andes, CESO, Fundación Angel Escobar, 2003.

<sup>216</sup> Para Diego López Medina una teoría sobre los fines estructurales de la constitución colombiana podría evidenciar la existencia de cinco fines prevalentes (i) el estado social de derecho, que perseguiría la igualdad y la redistribución de recursos hacia los más necesitados, (ii) la libre empresa y libre competencia económica, que perseguiría la eficiente asignación de recursos productivos, estabilidad económica, crecimiento económico, etc, (iii) el orden y la estabilidad social, que buscaría fundamentalmente el mantenimiento del orden social, (iv) la inclusión social y no subordinación, que pretendería el reconocimiento y reparación frente a las dinámicas sociales de subordinación y (v) el multiculturalismo que propendería por el reconocimiento de comunidades de formas de vida alternativas. La interpretación constitucional.

derechos y libertades,<sup>217</sup> no por ello ha dejado de ser una “colcha de retazos” que contiene elementos de diferentes constituciones, entre ellas la española de 1978. Esta situación ha operado como una complejidad adicional en la tarea de los operadores jurídicos pues es evidente que los jueces al dar aplicación a algunos de los principios, incluso operando las herramientas metodológicas como los test, resultan en últimas favoreciendo alguno de los grandes modelos contenidos en la constitución.

A continuación siguiendo la elaboración de Mejía Quintana<sup>218</sup> se hace hará la presentación de los modelos contenidos en la Constitución Política y que establecen marcos referenciales determinantes en los diferentes procesos de análisis de constitucionalidad adelantados por la Corte Constitucional.

### **1.1. El modelo de Estado social de derecho.**

De conformidad con el artículo 1 de la Constitución Política “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.” De forma tal que el Estado como social de derecho debe garantizar estándares mínimos de Salario, salud, educación, alimentación, habitación y educación para todos los ciudadanos bajo la idea de derecho y no simplemente de caridad.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> Mejía Quintana, Oscar y Galindo Poblador, Carolina. “La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos” En Jairo Estrada (ed) *Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América latina*, Bogotá DC: Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp 383-406.

<sup>218</sup> Mejía Quintana, Oscar y Montenegro, Paola. *Elites, Eticidades y constitución en Colombia*. Cuadernos de Ciencia Política. No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2004. Páginas 36 – 49.

<sup>219</sup> Sentencia T – 406 de 1992 Corte Constitucional.

El cambio frente a la Constitución Política de 1886 es drástico pues dicha constitución permitía, en un marco político completamente conservador, una lectura típicamente liberal – salvo contadas e importantes excepciones como la reforma constitucional de 1936 – según la cual la constitución contiene una lista de “aspiraciones” en buena medida inalcanzables, así como el privilegio de un modelo económico típicamente liberal que entendió durante buena parte del siglo XX – y aun persiste - que el crecimiento económico como el único medio para la reducción de la pobreza.

En la base de la ejecución de la cláusula “social” del Estado colombiano se encuentra la Sentencia T – 406 de 1992 pues establece la primera postura frente al tema de los principios constitucionales y su influencia en el sistema jurídico colombiano.<sup>220</sup> Este fallo ha sido particularmente relevante porque evidencia el cambio en el entendimiento mismo del derecho, en la forma de interpretación, y en el papel de la misma adjudicación constitucional. La mencionada sentencia señaló que “el surgimiento de una nueva manera de interpretar el derecho cuyo concepto clave puede ser resumido de la siguiente manera: pérdida de la importancia sacramental del texto legal entendido como emanación de la voluntad popular y mayor preocupación por la justicia material y por el logro de soluciones que consulten la especificidad de los hechos ... de allí la importancia que adquiere el juez constitucional en el Estado Social de Derecho”.<sup>221</sup> Dicha sentencia se transformó, al tenor de la doctrina jurisprudencial constitucional, en un fallo hito que se constituyó en valor determinante de un número importante de fallos, fue citada en otros cientos y se hizo mención simple en miles de sentencias,<sup>222</sup> con lo cual se puede afirmar que constituyó un criterio práctico y real de validez para la

---

<sup>220</sup> Mejía Quintana, Oscar y Montenegro, Paola. *Elites, Etnicidades y constitución en Colombia*. Cuadernos de Ciencia Política. No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2004. Páginas 36 – 49.

<sup>221</sup> Sentencia T – 406 de 1992 Corte Constitucional.

<sup>222</sup> Cepeda Espinosa, Manuel José. *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la corte constitucional*. Legis, Bogotá: 2001.

adjudicación constitucional en un sinnúmero de conflictos jurídico – constitucionales.

Dicha sentencia contiene una teoría que serviría posteriormente de sustrato al tribunal constitucional en sus posteriores desarrollos, en materia de principios y valores constitucionales. Así se consagró la relación entre principios constitucionales y la clausula del Estado Social de Derecho en el mencionado fallo: *“El aumento de la complejidad fáctica y jurídica en el Estado contemporáneo ha traído como consecuencia un agotamiento de la capacidad reguladora de los postulados generales y abstractos. En estas circunstancias la ley pierde su tradicional posición predominante y los principios y las decisiones judiciales, antes considerados como secundarios dentro del sistema normativo, adquieren importancia excepcional. Esta redistribución se explica ante todo por razones funcionales: no pudiendo el derecho, prever todas las soluciones posibles a través de los textos legales, necesita de criterios finalistas (principios) y de instrumentos de solución concreta (juez) para obtener una mejor comunicación con la sociedad. Pero también se explica por razones sustanciales: el nuevo papel del juez en el Estado social de derecho es la consecuencia directa de la enérgica pretensión de validez y efectividad de los contenidos materiales de la Constitución, claramente señalada en su artículo 228.”* (Cursiva fuera de texto)

Este modelo tuvo un desarrollo importante en la década de los noventas, y tenía como sustratos determinantes la voluntad judicial de tomarse el discurso de los derechos en serio, citando incluso en múltiples fallos el texto de Ronald Dworkin,<sup>223</sup> y superar así el entendimiento de los mismos como meros enunciados políticos. Otro elemento sustancial fue la consideración normativa de la constitución, de forma tal que la misma podía ser incluso objeto de aplicación directa por parte de los actores del sistema jurídico, y finalmente un ambiente político propicia para impulsar programas de inclusión y justicia social modificando

---

<sup>223</sup> Dworkin, Ronald. Los derechos en serio. Barcelona: Ariel, 2002.

la institucionalidad para lograr un Estado más transparente, eficiente y equitativo, lo cual ha sido un fracaso.

Los fallos que desarrollaron con mayor rigor la cláusula social del Estado se expedieron en vida de lo que se ha denominado la primera Corte Constitucional, denominada así por corresponder a los magistrados que originalmente ocuparon las magistraturas de éste importante tribunal desde su creación. En virtud de la norma constitucional dichos magistrados ocupan el cargo para un período de ocho años, no reelegibles. Ello ha dado lugar a realizar una serie de análisis con ocasión de los fallos expedidos para cada corte con ocasión de los procesos de recambio, encontrándose marcadas diferencias entre uno y otro tribunal.<sup>224</sup>

## **1.2. El modelo Neoliberal.**

La Constitución del 91 se caracterizó por incluir un amplio y variado catálogo de derechos que fue propiamente la válvula de salida de todas las aspiraciones de la oposición, pero no incluyó cambios estructurales en el sistema político (Se conservó el presidencialismo con tintes autoritarios y el voto libre no obligatorio, necesario para la legitimación del sistema) lo que podría haber ocasionado transformaciones de fondo en el sistema político. Pero mientras se debatían estos asuntos en la Asamblea Nacional Constituyente el Presidente Cesar Gaviria Trujillo implantaba un modelo económico neoliberal,<sup>225</sup> lo que contrastaba con lo plasmado en el documento constitucional.

---

<sup>224</sup> Mejía Quintana, Oscar y Galindo Poblador, Carolina. “*La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos*” En Jairo Estrada (ed) Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América latina, Bogotá DC: Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp 383-406.

<sup>225</sup> Se asumirá aquí como neoliberalismo a la corriente que procio la transformación del Estado liberla después de la terminación de la segunda guerra mundial, y que se caracteriza por reivindicar y llevar al extremo los pilares esenciales del liberalismo clásico, tales como la libertad,



Ciertamente se estableció para el caso colombiano un modelo de sistema social demócrata con una reivindicación del Estado benefactor y de bienestar, que se tradujo en la forma Estado Social de Derecho. Por ello, la Constitución del 91 presenta una contradicción fundamental, entre el enunciado normativo y práctica económica. Se enfrentan Constitución formal y Constitución económica neoliberal. Se puede afirmar que la creación de esta nueva constitución no impidió el proceso económico subyacente de neoliberalización de la economía. Y esto no significa que se hubiera faltado a la técnica o tradiciones jurídicas, sino que se evidenció la instrumentalización de la política, y la utilización de esta para legitimar el nuevo modelo económico.

En el caso colombiano primero se dio la constitución económica neoliberal, mediante la implementación del Plan de Desarrollo “Bienvenidos al Futuro” en 1990, y en 1991, se dio la constitución política, sin que la segunda dominara la primera, sino que por el contrario siguieron por causas distintos,<sup>226</sup> lo que condujo a que la Constitución Política no cumpliera con la misión para la cual había sido hecha, esto es, no resolvió las tensiones que en el fondo habían generado esta inflexión – como el problema de la propiedad de la tierra o la inclusión de los grupos armados de izquierda o de derecha -, tan solo sirvió para el reacomodo de las fuerzas o mejor de las élites, permitiendo en el fondo un amplio margen de manejo a la oligarquía, que continuó con el proceso neoliberalizador. Como correctamente afirma Carlos Restrepo *“...La Carta Política de Colombia que emergió en 1991 es en este sentido – marxista – un icono ejemplar de la expresión de las relaciones de poder en principio contradictorias del derecho. Por una parte, los derechos de propiedad, la apertura de las políticas públicas a las empresas privadas, las privatizaciones de las empresas estatales, el alejamiento de todo control democrático de la instancia garante del monetarismo: el Banco de*

---

propiedad privada, mercado, y exigir la reducción del Estado a efectos de garantizar la plena satisfacción de los derechos individuales.

<sup>226</sup> Muestra de ello es la franca contradicción entre la Carta política y las políticas de flexibilización laboral, que rompen con los conceptos de estabilidad y derechos de los trabajadores establecidos e interpretados como valores y principios contenidos en la misma Constitución Política.

*la República. Por otra parte, el derecho a la participación social en la definición, administración y goce de las políticas públicas, el derecho a la intimidad, al trabajo digno, al buen trato, a la salud, a la educación, el derecho de los pueblos indios a sus autoridades, sus tierras y sus relaciones productivas de carácter comunitario y el derecho de los poblados a dotarse de sus propias autoridades y ejercer la autonomía...Uno y otro chocan sin cesar, el derecho a la expansión del mercado como principio de orden social contra los derechos a la igualdad política y las oportunidades económicas. Este conflicto no está saldado...*<sup>227</sup>

El neoliberalismo, como estadio avanzado del capitalismo, y como forma social entró en pugna con los demás derechos y principios establecidos en la Constitución política, pues impone un modelo de sociedad, una lectura de los derechos y del sistema jurídico en su conjunto claramente contradictorio con los postulados que conforman la clausula del Estado Social de Derecho. La fuerza de dicho modelo incluso ha promovido un proceso contraconstitucional, que se ve representado en los proyectos para eliminar la acción de tutela, la reforma judicial que pasa por la limitación de las funciones de Corte Constitucional, y la ampliación de los poderes presidenciales, que alcanzó casi a configurar una típica *dictadura comisarial* para el período 2002 – 2010.

A nivel constitucional el modelo prevé la necesidad de ajustar el Estado a los estándares del modelo de libre mercado, y a nivel gubernamental desde la década de los noventas se hacen ingentes esfuerzos por implementar medidas como la apertura comercial, la reducción del gasto público, la eliminación del control de cambios, la flexibilización del mercado, la adopción de tributación indirecta, la privatización de las empresas públicas, la descentralización político, administrativa y fiscal y la política de reducción del déficit fiscal.<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> Cárdenas Rivera Miguel Eduardo. Justicia Pensional y Neoliberalismo. Un estudio de caso sobre la relación derecho y economía. ILSA. Bogotá 2004. Página 11.

<sup>228</sup> Orjuela, Luis Javier, “Colombia: Dos proyectos de sociedad enfrentados”, en MASON, Ann y ORJUELA, Luis Javier, (eds), La crisis política colombiana, Bogotá: Universidad de los Andes, CESO, Fundación Angel Escobar, 2003, pp. 127-12.

La sentencia C – 546 de 1992 se desliga del bloque de derechos fundamentales y termina por establecer que también dentro del bloque económico de la Constitución Política existen una serie de principios que gobiernan la actividad económica del país desde la carta política. En esta sentencia la corte considera que algunos artículos constitucionales traen en sí principios como legalidad del gasto, libertad económica, libertad de empresa, competencia y economía, los cuales deben estar presentes desde el mismo momento de la creación de las normas que regulan el tema económico y con mayor razón deben ser aplicados por los jueces en sus decisiones. Aquí es posible ver la influencia del modelo neoliberal, que se postulan principios propios que, como se verá posteriormente, entran en choque con algunos del Estado Social de Derecho.<sup>229</sup>

Como es recogido por Mejía Quintana la sentencia C – 690 de 1996 hace un análisis más detallado sobre los principios del bloque económico de la constitución, como equidad, eficacia, progresividad, los cuales son igualmente considerados como constitucionales en la medida en que buscan dar unidad al sistema jurídico frente al tema financiero y económico, lo cual no hace sino confirmar la radical indeterminación que se aborda en los procesos de adjudicación constitucional.

Ahora bien el desarrollo de la cláusula social fue igualmente atacado desde los defensores de la economía de mercado afirmando la ilegitimidad de la intervención de la Corte en los temas económicos. Así se sometió a una presión importante a los integrantes de la Corte señalando (i) la falta de competencia técnica en materia económica para tomar decisiones con esas repercusiones, (ii) la utilización de la magistratura para promover campañas o nuevos espacios de participación política por los magistrados, (iii) la reiteración del argumento contra mayoritario, (iv) asociación del desarrollo de un modelo económico exclusivo por parte del tribunal es desmedro de las demás formas de vida que quedaron expresadas en la

---

<sup>229</sup> Mejía Quintana, Oscar y Galindo Poblador, Carolina. “*La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos*” En Jairo Estrada (ed) Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América latina, Bogotá DC: Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp 42.

constitución política de 1991, (v) el aumento de la inseguridad jurídica y en consecuencia de los costos transaccionales. Argumentos todos frente a los cuales el sector progresista de la opinión pública respondió, como igualmente la hizo la Corte modificando algunas de sus líneas jurisprudenciales en materia de reconocimientos asociados a los derechos sociales.

Tal como lo ha señalado Mejía Quintana la tercera corte compuesta por los magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Humberto Sierra Porto, Jaime Araujo Renteria, Alvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández, ha sido para muchos una corte regresionista toda vez que han frenado el auge de los fallos de las primeras cortes, sus fallos han sido más obedientes de lo acostumbrado a los lineamientos del Banco de la República, uno de los mayores críticos, junto a los gremios, de la actuación de la Corte constitucional en materia económica por considerar que estas habían ocasionado con sus fallos, daños irreparables a la economía del país. Estas críticas tuvieron tanto impacto que la nueva Corte no tuvo más que empezar a modificar su perfil social demócrata, reduciendo los fallos y condicionándolos de tal manera que fuesen cada vez más estrechos. Derechos como la estabilidad en el empleo, protegidos con fuerza por la primera corte, se recortan al igual que los derechos estatales en las sentencias sobre el alza de salarios del sector público.

### **1.3. El modelo multicultural**

El tercer modelo que se proyecta desde la Constitución es el modelo multicultural, modelo que se funda en el reconocimiento de la nación colombiana como diversa étnica y culturalmente. Lo cual ha supuesto la admisión de la jurisdicción especial indígena, la garantía de los territorios indígenas y la autonomía en su administración. Lo cual por supuesto no ha estado resguardo de diferentes

debates. Así se discute la autonomía de los pueblos indígenas en el marco del principio de organización unitaria del Estado colombiano, como la validez de los derechos universales y los derechos culturales de alcance particular.

Ahora bien, pese a este cambio revolucionario en la adjudicación constitucional en Colombia, las críticas efectuadas a la Corte Constitucional hicieron mella importante en el tribunal, con lo cual la modificación de sus miembros fue de la mano de una serie de cambios importantes en las líneas jurisprudenciales que se desarrollaron particularmente en la década de los noventa. Así los principios y valores constitucionales asociados a la cláusula social del Estado de Derecho, cedieron ante las normas que conforman el bloque económico de la constitución, y aún más, desarrollaron una nueva jurisprudencia que si bien no es reaccionaria, si se mostró favorable al gobierno de turno de Álvaro Uribe Vélez. De este modo, los nuevos magistrados asumirían una postura más conservadora y acorde con los requerimientos de la crisis fiscal por la que atraviesa el país. Lo cual nuevamente pone sobre la mesa la pregunta por la legitimidad del tribunal constitucional.

Finalmente, con el periodo constitucional de 2002 a 2006 y con la reelección de tal proyecto político vigente hasta el año 2010, se ha hecho patente la hegemonía de un proyecto particular de nación que tiene un desarrollo en el sistema jurídico avalado por la constitucionalidad de las disposiciones adoptadas y avaladas por la Corte Constitucional.<sup>230</sup> De la mano entonces de la constitucionalidad de las diferentes medidas que tienden a desnaturalizar el Estado democrático de derecho adoptado en 1991 se ha propiciado un evidente cambio en los criterios aplicados para la determinación del derecho válido en Colombia, esto es, la fractura con algunas líneas jurisprudenciales como la modificación de la constitución, para en su lugar ceder espacios importantes en la función de poder contra-mayoritario que debería cumplir el máximo órgano constitucional.

---

<sup>230</sup> Carvajal Martínez, Jorge Enrique. La seguridad dentro del estado de garantías. ILSA, Bogotá: 2008.

La instauración de un régimen excepcional para la defensa del mismo estado constitucional termina por destruirlo, evidenciando el rol antidemocrático del control de constitucionalidad y el cambio al básico criterio de distinción amigo-enemigo característico de los regímenes autoritarios. Sucumbe la Corte como centro del equilibrio entre mayorías y minorías y se instrumentaliza a efectos de satisfacer los intereses de la autoridad que lidera el rumbo del país. Así las preguntas iniciales por los criterios materiales para la determinación del derecho válido cobran especial vigencia, pues se pudo evidenciar que en el marco de sistemas jurídicos complejos, con altos grados de indeterminación, el espacio jurídico cede a la presión política que pretende legitimarse a través de las instituciones jurídicas.

## **2. LOS LÍMITES DE LA JURISPRUDENCIA EMANCIPATORIA**

A la luz de tales pronunciamientos de constitucionalidad por parte del tribunal Constitucional se hace patente no solo el abandono de los criterios de determinación del derecho utilizados hasta entonces, - desarrollo del modelo de sociedad propio de la socialdemocracia – sino el cambio en el régimen político producto de la adopción o vuelta a la excepcionalidad – antes estado de sitio – como forma de resolver los problemas de gobernabilidad. El autoritarismo como forma de organización del poder político y de actuar de los diferentes actores del sistema social, se torna entonces en permanente y adquiere legalidad mediante el proceso de validación ante el tribunal constitucional, quien igualmente avala el cambio constitucional y permite que el sistema jurídico eluda los principios y valores establecidos en la constitución y asuma las dinámicas de los otros sistemas, como es el caso de la distinción amigo-enemigo como el Código de determinación de lo válido en Colombia. Todo se articula en torno a la prosperidad democrática a la cual se le da permanencia mediante la aprobación de un cambio

constitucional que trae como consecuencia la centralización total del poder político, y el desdibujamiento total del acuerdo constitucional del 91.

En este contexto es preciso preguntarnos ¿Qué criterios materiales son lo que otorgan validez al sistema jurídico? ¿Cuáles órganos son hoy día determinantes en los procesos de definición del derecho, o de reducción de la complejidad en el sistema en términos Luhmanianos?

Siguiendo a Mejía se podría afirmar que hoy día la constitución política de 1991 se encuentra sitiada por el autoritarismo de unas mayorías que no reconocen en las minorías democráticas que claman por su lugar y sus derechos en la alternancia en el poder, de ahí que la constitución sea un obstáculo que es necesario reformar.<sup>231</sup>

En este sentido es Schmitt el que cobra un poder explicativo importante de la realidad colombiana. Efectivamente es la distinción amigo – enemigo la que se toma el ordenamiento constitucional, sin necesidad de acudir al estado de excepción, la excepción se constitucionaliza, y el estado de derecho se orienta en una lógica autoritaria sin quebrantar el orden constitucional o jurídico<sup>232</sup>. En este contexto práctico teórico el modelo de la dictadura plebiscitaria concreta la concepción autoritaria de la democracia, la cual no se concibe para la defensa de la libertad sino para la defensa de la igualdad totalitaria. Tal panorama es el que debe ser leído por el juez constitucional para la determinación del derecho válido. Un panorama en el que se pone en juego su legitimidad como garante de las minorías, y como defensor de lo que queda del acuerdo constitucional de 1991.

Ante tal escenario la Corte Constitucional sucumbe en primera instancia al afirmar la constitucionalidad del proyecto de reforma constitucional que permitió la reelección presidencial, con lo se desdibujó por completo el régimen constitucional. La Corte falló en su tarea de defender la institucionalidad contra el

---

<sup>231</sup> Mejía Quintana, Oscar y Encinales Ariza, Natalia. Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia. Editorial Ibañez, Bogotá: 2011.

<sup>232</sup> Ibidem, Página 194.

embate de la mayoría política, no del gobierno de turno, sino en el contexto amplio e histórico que le fue asignado como defensor de la constitución. A este respecto es preciso señalar que “toda la historia de la democracia constitucional puede ser resumida como un esfuerzo por encontrar un justo balance entre la voluntad de las mayorías políticas y el respeto de unas reglas institucionales que encaucen esa voluntad y no permitan que se desborde. La democracia como dice Rodrigo Uprimny, “(...) no es una tiranía de la mayoría, sino un régimen baso en el principio de la mayoría que debe procurar satisfacer igualitariamente los intereses de todos”.<sup>233</sup>

Pues precisamente lo que se presentó durante el período 2002 – 2010, fue un embate a la institucionalidad, desde diferentes puntos de vista como es descrito con precisión por Mauricio García y Javier Revelo<sup>234</sup> en donde la Corte salvo la decisión sobre la segunda reelección convalidó buena parte de las decisiones adoptadas por un régimen que puso al límite la democracia. Siguiendo a Valencia Villa se podría decir que si durante los primeros años de la constitución la amenaza era la marginalidad y la irrelevancia, hoy en día la verdadera amenaza de la constitución que “pende sobre ella como la espada de democles” es la contrareforma de signo autoritario o frondista.<sup>235</sup> El análisis del control de constitucionalidad no es alentador y muestra como “una democracia con muy poco constitucionalismo”<sup>236</sup> puede ser a rasgos aprobada por el tribunal constitucional. Ello nuevamente pone sobre la mesa la pregunta por la legitimidad del control de constitucionalidad y el papel central que juega en la determinación del derecho válido nacional, máxime cuando los fundamentos de la decisión que declaró la inexequibilidad del proyecto de permitía la segunda reelección, fueron de la mano de aspectos eminentemente formales, y no por la sustancia

---

<sup>233</sup> García Villegas, Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo. Mayorías sin democracia. Desequilibrio de poderes y estado de derecho en Colombia 2002 – 2009.

<sup>234</sup> Ibidem.

<sup>235</sup> Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica al constitucionalismo colombiano*. Panamericana, Bogotá: 2010. Página 224.

<sup>236</sup> Ibidem. Página 39.



constitucional que era verdaderamente la razón para impedir la desestructuración total del modelo democrático adoptado con la Constitución Política de 1991.

Como se concluye en el estudio recién citado “cuando la incapacidad institucional para disuadir los comportamientos ilegales tiene lugar en un ambiente de débil autonomía institucional con respecto al mundo político, y de conflictividad social, aumenta no solo la desvalorización de la cultura de la legalidad sino también la posibilidad de que los conflictos tengan una expresión violenta.”<sup>237</sup>

Tal carencia de autonomía tiene implicaciones muy fuertes para el sistema político, particularmente en lo atinente a la rama judicial, y específicamente a la Corte Constitucional Colombiana, organismo que demostró en la primera década del siglo XXI responder a la dinámica política, básicamente en consideración a dos fenómenos centrales que afectan su autonomía judicial; uno de ellos el nombramiento de los magistrados que está fuertemente determinado por el poder de turno, en el sentido que el presidente de la república terna a los magistrados que serán elegidos por las bancadas del congreso lideradas por el mismo jefe de la administración pública, y de otro lado la injerencia indebida de los actores políticos en la toma de las decisiones que realiza el tribunal.<sup>238</sup> La corte constitucional entonces ha estado cercada entre la independencia judicial y la captura política, lo cual puede eventualmente explicar la fallo que autorizó la reelección presidencial, fallo que se reitera transformó la dinámica de funcionamiento de los sistemas jurídico y político en Colombia.

No es entonces descabellado afirmar que con el cambio del sistema con ocasión de la reelección presidencial no acercamos mas al modelo Schmittiano de defensa de constitución, toda vez que si bien el defensor no es el mismo presidente en virtud de una dictadura comisarial, si lo es un órgano que responde y es originado en la voluntad presidencial. En este sentido aunque hay desarrollo de algunos

---

<sup>237</sup> Ibidem. Página 74.

<sup>238</sup> - Rubiano Galvis, Sebastian. *La Corte constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*. En García Villegas Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo. *Mayorías sin democracia*, Bogotá: Dejusticia, 2009. Páginas 84 a 145.

derechos, y como ya se mencionó es evidente el desarrollo de lo “social” del Estado de Derecho colombiano, no es menos cierto que decisiones que han favorecido al poder de turno han sido respaldadas por las declaraciones de constitucionalidad de las disposiciones legales que las materializan. Lo cual de contera evidencia que la actividad de la corte constitucional y con ello la determinación de los criterios de la determinación del derecho válido no solo tienen en cuenta la protección de los derechos individuales y la garantía del respeto de la minorías, sino también el favorecimiento del statu quo, o dicho en otras palabras, el reconocimiento constitucional del autoritarismo como característica de la moralidad política colombiana.

Ante tal situación es entonces preciso reivindicar planteamientos como el de Habermas, quien plantea como el sistema jurídico debe llenar los requisitos de una formación inclusiva y discursiva de la opinión y la voluntad – el procedimiento democrático – lo que otorga fundamento al presupuesto de que sus resultados son racionalmente aceptables.<sup>239</sup> Tal procedimiento no se cumple cuando a más de la característica conservador del tribunal constitucional, el mismo responde a la dinámica política mayoritaria y no al respeto de la diferencia y la consensualización.

Lectura que cobra plena vigencia frente a la actividad del mismo tribunal constitucional, pues solo pueden pretender legitimidad aquellas regulaciones que son aceptadas por los posibles afectados, ello pues el derecho no es un mundo aislado y autopiético, sino que se nutre de la eticidad democrática de los ciudadanos y de la cultura política. En este sentido, y en el marco de la teoría discursiva, los procedimientos y presupuestos comunicativos de la formación democrática de la opinión y de la voluntad funcionan como las más importantes exclusas para la racionalización discursiva de las decisiones de un gobierno y de una administración sujetos al derecho y a la ley. Racionalización significa más que

---

<sup>239</sup> Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph. “Los fundamentos prepolíticos del Estado democrático”. Revista Letras Libres (2005). p 29.

mera legitimación, pero menos que constitución de poder.<sup>240</sup> Así si pretendemos legitimar la actividad del tribunal constitucional, las puertas de la Corte deben abrirse para garantizar un proceso de reflexión colectiva sobre, sin duda, las decisiones más importantes para el devenir de la sociedad.

De esta forma la producción jurídica, solo puede mantenerse como legítima si los ciudadanos salen de su papel de sujetos jurídicos privados y adoptan la perspectiva de participantes en procesos de entendimiento acerca de las reglas de convivencia. Sólo así el derecho adquiriría – junto con la ayuda de la fuerza productora que representa la comunicación – una dimensión integradora peculiarmente reflexiva, que igualmente transforme el disenso convirtiéndolo en permanente.<sup>241</sup>

Y es a partir de estos supuestos que entendemos que el derecho debe ser dispensado – neologismo utilizado recursivamente por Boaventura de Sousa Santos – pues la ética del discurso al establecer como necesario una mayor ampliación democrática, señala la naturaleza emancipatoria del derecho que se corresponde con este discurso. Claro está que hasta allí no llega Habermas, quien sólo señala el camino para la superación de la crisis de legitimación de estas sociedades.

Sin embargo, al plantearnos la pregunta por el potencial emancipatorio partiendo de la dicotomía entre regulación y emancipación, se puede considerar que efectivamente puede realizarse este potencial en la medida en que se acepte la existencia de múltiples legalidades, y variados centros de producción de subjetividad y no solo los científicos y estatales, lo que reemplazaría la tradicional función del derecho como racionalizador de segundo orden de la vida social, sustituto de la cientifización,<sup>242</sup> que para desempeñar esa función tuvo que

---

<sup>240</sup> Habermas, Jürgen. La Inclusión del otro. Estudios de teoría política. ED. Paidós. Barcelona España 1999. p 10.

<sup>241</sup> Habermas. Op. Cit, p 662. Facticidad y validez.

<sup>242</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. “Hacia una concepción post-moderna del derecho”. Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Volumen I. Desclée de Broker, p 133 y 134.

convertirse el mismo en científico y paralelamente en estatal. Luego la recuperación de la emancipación sólo puede ir de la mano de una reevaluación radical del derecho moderno. En materia de control de constitucionalidad, al jugar un papel determinante en el marco de la determinación de lo que es y lo que no es derecho, sería preciso incluso pensar en formas de constitucionalismo popular, no necesariamente en sus versiones más radicales, pero si en aquellas que suponen como necesaria la limitación del control y la necesaria participación popular en la toma de decisiones.<sup>243</sup>

Santos – al igual que Habermas - acepta la tesis según la cual la modernidad entró en colapso como proyecto epistemológico y cultural, luego estamos ante un proceso de transición paradigmática. En este cambio paradigmático el papel del derecho moderno y la ciencia moderna determinarían el nuevo rumbo o específicamente el nuevo paradigma. Y aunque los dos tengan un alcance epistemológico diferente, el derecho jugará un papel importante en lo que toca a las condiciones sociales y políticas. Este des-pensar el derecho va de la mano de una separación entre derecho y Estado; separación que evidencia que el Estado nunca tuvo el monopolio del derecho, como tampoco nunca se dejó monopolizar por él.<sup>244</sup>

En el seno de la pregunta por la validez del derecho, que como se vio en este escrito, hoy pende de la actividad del órgano encargado de determinar la constitucionalidad o no de las normas, se pone en total evidencia la doble dimensión del derecho, la de defensa de los derechos y las garantías democráticas, y de otro lado la ideologización del individuo y la desmovilización popular a través de los procedimientos jurídicos. Así si bien hay una defensa de los derechos individuales, lo cual constituye el argumento central de los opositores del constitucionalismo popular, al señalar que se perdería un espacio importante

---

<sup>243</sup> Chemerinsky, Erwin y Parker, Ricard. Constitucionalismo popular. Siglo del Hombre, Universidad de los Andes, Bogotá 2011.

<sup>244</sup> Santos. Op. Cit, p 194.

de defensa de los derechos y libertades de los ciudadanos y del principio democrático como tal, lo cierto es que descargar la defensa de la constitución solamente en la “jurisprudencia emancipatoria del tribunal constitucional” produce un efecto exactamente inverso al perseguido, pues con ello no se logra un fortalecimiento de la democracia, sino una desmovilización de los movimientos sociales críticos y contestatarios, lo cual permite la reabsorción de la complejidad por parte del sistema, eludiendo las cuestiones que de fondo se plantean.

Siguiendo a Mejía Quintana “no hay emancipación mientras no se enfrente y supere la alienación, lo que en últimas remite al campo y la acción política más que jurídica. El derecho constituye en el mejor de los casos una instancia de defensa que, por supuesto, hay que reivindicar, pero nunca una de emancipación que le es extraña por su misma naturaleza social e histórica. Ser abogado y ser revolucionario es una contradicción en los términos.”<sup>245</sup>

El derecho se revela como una instancia ambivalente ya que por un lado constituye un instrumento para la defensa de los derechos individuales y sociales, así como de garantías democráticas que, como tal, convocan el apoyo irrestricto de la ciudadanía y de los sectores democráticos y progresistas de la misma que pugnan por contrarrestar las tendencias impositivas de minorías hegemónicas o mayorías totalitarias. Pero, por otro, esa misma defensa somete a la sociedad a dinámicas sistémicas que, de una parte, la amarran a una ideología del individuo qua individuo y, de otra, en esa misma lógica, someten a la crítica y la contestación política a procedimientos jurídicos que en últimas, la debilitan y la desmovilizan.<sup>246</sup> Tal es la tensión a la que se encuentra sometida la Corte Constitucional.

---

<sup>245</sup> Mejía Quintana Oscar, La alienación como crisis de la modernidad y los límites del derecho como dimensión emancipadora, En Quiñonez Paez, Julio. Crisis de la modernidad. Emancipación y alienación. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá 2011. Página 97.

<sup>246</sup> Mejía Quintana, Oscar y Mapura Ramírez, Lina María. *Alienación, ideología y cosificación: una mirada desde las teorías críticas a la jurisprudencia colombiana*, En Revista Pensamiento Jurídico. No. 24. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia 2009. Página 151.

A partir del desarrollo del presente trabajo investigativo se pudo demostrar el carácter político de la lectura de la función judicial como una actividad apolítica y en tal medida entiende cómo posturas que oscurezcan dicha situación, más que ninguna otra responden a un proyecto político absolutamente claro, la aceptación pasiva de la estructura de dominación predominante. En otras palabras, la cientificidad del derecho, que deviene en neutralidad frente al tratamiento de los problemas sociales, justifica una forma de actuación política claramente parcializada, lo que redundará en una actividad de adjudicación profundamente política, y en términos políticos profundamente conservadora.

Ahora bien, el problema visto desde la óptica del tribunal constitucional podría asumir su dimensión más clara y permitiría un análisis de la relación entre juez y sociedad civil, y más precisamente la responsabilidad política de la actividad judicial en una sociedad determinada. Esto pues es el tribunal constitucional es el llamado a ejercer el poder contra mayoritario, y en tal medida a representar a las minorías excluidas del proceso de toma de decisiones políticas. De forma tal que un tribunal constitucional que pregone la pureza axiológica del derecho, no solo podría justificar – como en efecto lo hizo – el régimen nazi, sino que políticamente evidenciaría una visión clara de la justicia poco aceptable dentro del modelo democrático predominante en occidente.

## **Conclusión**

La definición del derecho válido en Colombia reviste unas particularidades asociadas en principio a las características propias de la carta fundamental. Dicho documento ofrece una variedad de contenidos que complejizan la labor de interpretación jurídica, al punto de alcanzar un nivel de indeterminación que ha sido utilizado por las mayorías para imponer la lógica de lo político en el ámbito de lo jurídico, tal situación se puede leer en el proceso de contrarreforma

constitucional que durante los últimos 20 años ha tratado de eliminar los logros obtenidos con la constitución política de 1991. En este escenario, el horizonte no es alentador toda vez que si el proceso de concentración del poder político en cabeza del presidente de la República – tal como actualmente lo permite la carta constitucional - llega hasta el punto de determinar la mayoría del cuerpo que ejerce el control de constitucionalidad, el mismo recaería no solo en una “élite” jurídica, intelectual y políticamente homogénea, sino que se constituiría un bloque mayoritario frente al cual el reconocimiento de la diferencia política, y en esencia el reconocimiento del principio democrático quedarían eliminados.

El éxito de la democracia está dado por una serie de condiciones, garantías y oportunidades que deben atravesar toda la estructura de dominación estatal y por ende la función judicial. Entonces, si se parte del entendimiento del funcionamiento de un tribunal constitucional cerrado democráticamente e irresponsable políticamente, debe pensarse la posibilidad de democratizar ésta institución fundamental en el marco de la función judicial. Bien sea mediante la publicidad de los diferentes procedimientos que se surten en su interior y que lógicamente respete la intimidad de los participantes, pues tal podría ser una forma válida de construcción de una opinión pública ilustrada frente a las decisiones importantes que deban tomarse en un momento determinado. Las deliberaciones del tribunal constitucional deben entonces ser públicas, lo cual constituiría un freno a la relativa libertad dentro de la cual se justifican hoy día las decisiones judiciales. El reconocimiento de la actividad judicial como una actividad eminentemente política puede y debe propiciar el debate sobre unos mecanismos de control político en términos democráticos sobre la actividad del máximo tribunal constitucional, pero tal reconocimiento debe ir de la mano de la democratización interna de la Corte Constitucional y de sus diferentes procedimientos de decisión.

## CONCLUSIONES

Es claro que la aceptación de formas jurídicas y modelos jurídicos descontextualizados ha propiciado una heterogeneidad en las formas jurídicas existentes, pero también ha justificado un ejercicio del poder no democrático, fundamentando la legitimidad del sistema básicamente en la legalidad. Esto particularmente en la versión kelseniana, gracias a la auto-regulación del sistema jurídico que trabaja a la par del sistema político, desplazando consecuentemente la discusión sobre el poder y la dominación. Considero que en una buena medida el derecho constituye una barrera en el proceso de modernizar estas sociedades latinoamericanas, pues contiene elementos fuertemente conservadores, que antes que nada, propician la reproducción de criterios en algunos casi premodernos, lo que sería paradójico debido a la proyección moderna por excelencia de autores como Kelsen o Hart.

Un entendimiento más profundo de las implicaciones del contenido material de la norma básica en las sociedades occidentales y especialmente en la colombiana, podría generar una apertura efectiva del sistema jurídico a la realidad, y en consecuencia una regulación más acorde con las condiciones concretas y realidades económicas, políticas, sociales y culturales existentes. La definición de una identidad jurídica propia, irá de la mano de una reconsideración del derecho, no limitado a la simple legitimación del sistema, sino efectivamente como escenario de salidas consensuadas. La articulación de los diferentes subsistemas sociales guiados por el derecho cuya finalidad será exportar una dinámica democratizadora, permitirá su apertura estructural y una adecuación mayor a la complejidad de las actuales sociedades, dentro de las cuales el estado de excepción se configura como la verdadera amenaza.



La teoría de la norma fundamental en sus versiones normativista y empírica constituye en primer lugar un retorno al derecho natural, al establecer un principio trascendente a toda la arquitectura jurídica; que además, resulta ser en sí misma contradictoria, ya que su validez exige un mínimo de eficacia. Con lo cual acepta tímidamente el papel que juega la facticidad en la validez del derecho. La norma básica, como presupuesto de la auto-reproducción del derecho, en el contexto original de producción no es más que una fantasía, que niega los verdaderos mecanismos de reproducción del dispositivo, los cuales no se encuentran autopoieticamente dispuestos, sino que responden a las formaciones históricas y a los mitos, creencias, costumbres y prácticas sociales generalmente ocultas bajo el manto de la hegemonía de las relaciones institucionalizadas. “El discurso del derecho provee esa garantía de orden y de seguridad en un contexto que se organiza en torno a la incerteza y a la incertidumbre, pero que lo hace “ilusoriamente”, porque no hay nada que asegure definitivamente y más allá de las prácticas y los rituales repetidos, día a día por nosotros, la perdurabilidad del sistema que, por su propia naturaleza es siempre cuestionable.”

Finalmente la defensa de la constitución por parte de la corte constitucional ha propiciado la ampliación a éste ámbito de todas las problemáticas propias de la interpretación judicial de siglo XX, y en este marco particularmente el tema de la inclusión de principios ha generado una mayor indeterminación del derecho, tal como ha sido sostenido entre otros por los *Critical Legal Studies* o el *Uso Alternativo del Derecho*. Posturas críticas como las mencionadas son bastante explicativas de la realidad colombiana si se tiene en cuenta la radical indeterminación del derecho que tiene su origen en las mismas tensiones constitucionales generadas con ocasión del proceso constituyente de 1991, así como la misma existencia al interior de la carta de varios modelos constitucionales de sociedad que alimentan el contenido de lo que en este escrito se ha llamado a los diferentes equivalentes conceptuales de la norma básica. Dicha indeterminación desencadena el favorecimiento de los más fuertes en los

procesos constitucionales, lo cual bajo algunos presupuestos es un problema cultural, pero en esencia es un problema netamente político que se escudriña bajo la supuesta neutralidad o apoliticidad del juez lo cual es en realidad una opción a favor de la conservación del *statu quo* y de los intereses socialmente dominantes.

En el seno de la pregunta por la validez del derecho, que como se vio en este escrito, hoy pende de la actividad del órgano encargado de determinar la constitucionalidad o no de las normas, se pone en total evidencia la doble dimensión del derecho, la de defensa de los derechos y las garantías democráticas, y de otro lado la ideologización del individuo y la desmovilización popular a través de los procedimientos jurídicos. Así si bien hay una defensa de los derechos individuales, si se descarga la defensa de la constitución solamente en la “jurisprudencia del tribunal constitucional” se puede producir un efecto exactamente inverso al perseguido, pues con ello no se logra un fortalecimiento de la democracia, sino una desmovilización de los movimientos sociales críticos y contestatarios.

Junto con Habermas se puede concluir que una salida al dilema que plantea el control de constitucionalidad de las leyes, debe ir de la mano del entendimiento de la constitución como un proceso inacabado, que demanda de la participación democrática para la legitimidad no solo de la jurisdicción constitucional sino del derecho en su conjunto. De suerte tal que ante las particularidades asociadas en principio a las características propias de la carta fundamental, se debe imponer un modelo democrático que impida que la indeterminación propia de la naturaleza del derecho sea cooptada por la dinámica propia de funcionamiento del sistema político.

## BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, Bruce. *El futuro de la revolución liberal*, Barcelona: Ariel, 1995.
- Ackerman, Bruce. *La Política del Diálogo Liberal*, Barcelona: Gedisa, 1998.
- Alchourron, Carlos E y Bulygin Eugenio. *Análisis lógico y derecho*. En “Sobre el Concepto de Orden Jurídico”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 393 - 407.
- Alchourron, Carlos E y Bulygin Eugenio. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Editorial Astrea Buenos Aires: 1987.
- Alexy, Robert. *Concepto y Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994.
- Alexy, Robert. *Teoría del Discurso y Derechos Humanos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1994.
- Alexy, Robert. *El concepto y la naturaleza del derecho*. Marcial Pons, Madrid: 2008.
- Arango, Rodolfo. “Esencia y valor de la democracia según Kelsen: la actualidad de un clásico de la filosofía política” Hans Kelsen 1881-1973. Comp. Luís Villar Borda. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Arango, Rodolfo. *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá: Universidad externado de Colombia, 2000.

- Bastida Freixedo Xacobe, *El silencio del emperador. Un ensayo sobre la unidad del ordenamiento jurídico*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2001.
  
- Benavides Vanegas, Farid Samir. *Continuidad y discontinuidad en Carl Schmitt: excepción, decisión y orden concreto*, en *Normalidad y excepcionalidad en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)* Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2008. Páginas 51 a 84.
  
- Bickel, Alexander. *The least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of politics*. New Haven: Yale University Press. 1984.
  
- Bobbio, Norberto. *Teoría General del Derecho*. Editorial Temis, Bogotá: 2005. 2ª Edición.
  
- Bonorino, Pablo Raul. *Integridad, Derecho y Justicia. Una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia y Siglo del Hombre Editores, 2003.
  
- Bonorino, Raúl. *Verdad y objetividad en el derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2002.
  
- Botero Bernal, Andrés. *Haciendo memoria de la defensa judicial de la constitución*, En *Pensamiento Jurídico No. 20*. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2007. Páginas 91 – 102.
  
- Botero, Juan José. “*La teoría de la justicia de John Rawls*”. En *Estudios de filosofía política*. ED. Luís Eduardo Hoyos. Bogotá, Universidad Externado de Colombia/Universidad Nacional de Colombia, 2004.

- Caballero Corvacho, Tomás y Martínez Caballero, Alejandro. *Una reforma constitucional puede ser inconstitucional por razones de fondo. A propósito de la reelección inmediata*. Editorial ABC, Bogotá: 2005.
  
- Caracciolo, Ricardo. *La noción de sistema en la teoría del derecho*. Fontamara, México: 1999. 2da edición.
  
- Carvajal Martínez, Jorge Enrique. *La seguridad dentro del estado de garantías*. ILSA, Bogotá: 2008.
  
- Cepeda Espinosa, Manuel José. *Derecho Constitucional Jurisprudencial. Las grandes decisiones de la corte constitucional*. Legis, Bogotá: 2001.
  
- Chemerinsky, Erwin y Parker Richard D. *Constitucionalismo popular*. Siglo del Hombre editoriales, Bogotá 2011.
  
- Comanducci, Paolo. *Constitución y teoría del derecho*. Fontamara, México: 2007.
  
- Cuenca Gómez, Patricia. *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*. Madrid: Dickinson, 2008.
  
- De Otto, Ignacio. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel Derecho, Barcelona 2001. Segunda edición.
  
- Dworkin, Ronald. *El Imperio de la Justicia*, Barcelona: Gedisa, 1992.
  
- Dworkin, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Editorial Ariel, 2002.

- Ely, John Hart. *Democracia y desconfianza*. Universidad de los andes, Siglo del Hombre, Bogotá: 1997
  
- Estévez Araujo, José Antonio. *La constitución como proceso y la desobediencia civil*. Editorial Trotta, Madrid: 1994.
  
- Faralli, Carla. *La filosofía del derecho contemporánea. Los temas y desafíos*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá 2007.
  
- Fariñas Dulce, María José. *El problema de la validez jurídica*. Madrid: Civitas, 1991.
  
- Friedrich. C. J. *Filosofía del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica. 1997.
  
- Galindo Poblador, Carolina. *“Las tensiones entre las perspectivas axiológica y deontológica del derecho y el modelo de principios en Colombia”* Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá 2010.
  
- García de Enterría, Eduardo. *La constitución como norma y el tribunal constitucional*. Editorial Civitas. Madrid.
  
- García Amado, Juan Antonio. *Kelsen y la norma fundamental*. Marcial Pons, Madrid: 1996.
  
- García Amado, Juan Antonio. *La filosofía del derecho de Habermas a Luhmann*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2005.

- García Villegas, Mauricio. *Las Fronteras del Derecho*, En Revista Pensamiento Jurídico No. 08, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1997. Páginas 25 a 50.
  
- García Villegas, Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo. *Mayoría sin Democracia. Desequilibrio de poderes y Estado de derecho en Colombia, 2002 – 2009*. DeJusticia, Bogotá, 2009.
  
- Gargarella, Roberto. *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Ariel, Barcelona: 1996.
  
- Girón Reguera, Emilia. *El control de constitucionalidad en Colombia*. Ponencia presentada en el VIII congreso Latinoamericano de derecho constitucional. Sevilla. 2003.
  
- Guarinoni, Ricardo. *La autoreferencia normativa y la validez jurídica*. Fontamara, México: 2008.
  
- Habermas, Jürgen. “*Justicia y legislación: Sobre la legitimidad de la jurisprudencia constitucional*” En Factividad y Validez, Editorial Trotta, Madrid: 2005.
  
- Habermas, Jürgen. *La Inclusión del otro. Estudios de teoría política*. ED. Paidós. Barcelona España 1999.
  
- Habermas, Jürgen. “*¿Qué significa ética del discurso?*”. *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta, 2000.
  
- Habermas, Jürgen. *¿Cómo es posible la legitimidad por vía de la legalidad? En Escritos sobre moralidad y eticidad*. Ediciones Paidós: Barcelona.

- Habermas, Jürgen y Ratzinger, Joseph. *“Los fundamentos prepolíticos del Estado democrático”*. Revista Letras Libres (2005).
  
- Habermas, Jürgen, *“Marx y la tesis de la colonización interna”* (Tomo II) en Teoría de la Acción comunicativa, Buenos Aires: Taurus, 1989
  
- Hart, H.L.A. *El Concepto del derecho*, Buenos Aires: Abeledo – Perrot, 1995.
  
- Hernández, Andrés (Comp) *Republicanismo contemporáneo*, Bogotá: Siglo del Hombre, 2002.
  
- Hernández Galindo, José G. *Poder y Constitución. El actual constitucionalismo colombiano*, Bogotá, Legis. 2001.
  
- Hoerster, Norbert. *“Acerca del problema de la validez absoluta de las normas”* En defensa del positivismo jurídico. Barcelona: Gedisa 1992.
  
- Kaufmann, Artuhr, *“La validez del derecho. Derecho de resistencia. Desobediencia civil”*, En Filosofía del Derecho. Universidad Externado de Colombia. Bogotá: 1999. Traducción de la segunda edición.
  
- Kaufmann, Artuhr, y Hassemer, Winfried. *El pensamiento jurídico contemporáneo*, Editorial debate. Madrid: 1992.
  
- Kelsen, Hans. *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Porrúa, México: 1997.
  
- Kelsen, Hans. *Teoría del Derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México, México: 1995.



- Kelsen, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Tecnos, Madrid: 1995.
  
- Kelsen, Hans. *Qué es la justicia*, Fontamara, México: 2006.
  
- Kelsen, Hans. *La garantía jurisdiccional de la constitución*, En Kelsen Hans. Escritos sobre la democracia y el socialismo. Madrid: Debate: 1988.
  
- Kennedy, Duncan. *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Buenos Aires: Siglo XXI: 2010.
  
- Kuhn, Thomas S., *La estructura de las revoluciones científicas*. Fondo de Cultura económica. Bogotá, 1992.
  
- Larmore, Charles. “*Public reason*” en Samuel Freeman, The Cambridge Companion to Rawls, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, pp. 368 – 393.
  
- López Medina, Diego Eduardo. *El derecho de los jueces*. Legis, Bogotá 2006. 2da Edición.
  
- López Medina, Diego Eduardo. *Interpretación constitucional*. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, Bogotá 2002.
  
- López Medina, Diego Eduardo. *Las fuentes del argumento*. Bogotá, Legis 2010.
  
- López Medina, Diego Eduardo. *Teoría Impura del Derecho. Las transformaciones de la cultura jurídica latinoamericana*. Legis, Bogotá 2004.

- Lozano Villegas, G. *El valor normativo de las sentencias de la Corte Constitucional con ocasión del control abstracto y su incidencia en el sistema de fuentes del derecho: el caso colombiano*, Bogotá, Universidad Externado. (2000)
  
- Lozano Villegas, G. "Los efectos de las sentencias de constitucionalidad", Primeras Jornadas de Derecho Constitucional y Administrativo, Bogotá, Universidad Externado, pp. 283-324. (2001)
  
- Martínez Roldan, Luis y Fernández Suárez, Jesús A. *Curso de teoría del derecho*, Barcelona, Ariel: 1997.
  
- Mejía Quintana, Oscar. "*La norma básica como problema iusfilosófico*", ponencia presentada al III Congreso de Filosofía del Derecho, Barranquilla: Asofides, 2003.
  
- Mejía Quintana, Oscar. *Poder constituyente, crisis política y autoritarismo en Colombia*. Revista Jurídicas, Vol 3 No. 2 julio – diciembre de 2006.
  
- Mejía Quintana, Oscar. "*La corte constitucional entre la emancipación social y la eficacia sistémica*". En Revista Pensamiento Jurídico No. 15. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2002.
  
- MEJÍA Q. Oscar. "*Teoría del contrato social y neocontractualismo*" en Justicia y democracia consensual. Bogotá: Ediciones Uniandes, 1997.
  
- Mejía Quintana, Oscar. "*Tribunal constitucional, desobediencia civil y democracia deliberativa*" en Andrés Hernández (comp), Republicanismo Contemporáneo, Bogotá, D.C.: Siglo del Hombre, 2002.
  
- Mejía Quintana, Oscar y Encinales Ariza, Natalia. *Elementos para una historia de la filosofía del derecho en Colombia*. Bogotá DC: Ibañez, 2011.

- Mejía Quintana, Oscar y Galindo Poblador, Carolina. “*La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos*” En Jairo Estrada (ed) Intelectuales, tecnócratas y reformas neoliberales en América latina, Bogotá DC: Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp 383-406.
  
- Mejía Quintana, Oscar y Montenegro, Paola. *Elites, Eticidades y constitución en Colombia*. Cuadernos de Ciencia Política. No. 2, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2004.
  
- Mejía Quintana, Oscar y Mapura Ramírez, Lina María. *Derecho y Cosificación social: Límites y paradojas de la jurisprudencia emancipatoria*, En Revista Pensamiento Jurídico. No. 24. Bogotá, Universidad Nacional de Colombia 2009. Páginas 131 a 154.
  
- Melkevik, Bjarne. *Rawls o Habermas. Un debate de filosofía del derecho*. Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2006.
  
- Morelli Rico, S. *La Corte Constitucional: ¿un legislador complementario?*, Temas de Derecho Público n. 45, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita. (1996),
  
- Morelli Rico, S. *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*, Bogotá, Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. (2001)
  
- Munera Ruiz, Leopoldo (ED), *Normalidad y excepcionalidad en la política (Schmitt, Agamben, Zizek y Virno)* Universidad Nacional de Colombia. Bogotá: 2008.

- Nino, Carlos Santiago. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1997.
  
- Nino, Carlos Santiago. *Introducción al Análisis del Derecho*. Barcelona: Ariel, 1983, pp 101 – 156.
  
- Nino, Carlos Santiago. *La validez del Derecho*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1985.
  
- Orestes Aguilar Héctor. *Carl Schmitt: El teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
  
- Orjuela, Luis Javier, “*Colombia: Dos proyectos de sociedad enfrentados*”, en Mason, Ann y Orjuela, Luis Javier (eds), La crisis política colombiana, Bogotá: Universidad de los Andes, CESO, Fundación Angel Escobar, 2003.
  
- Orjuela, Luis Javier, *La sociedad colombiana en los años noventa: fragmentación, legitimidad y eficiencia*. Uniandes – Ceso, Bogotá: 2005.
  
- Ost, François y Michel van de Kerchove. *El sistema jurídico entre orden y desorden*. Madrid: Universidad Complutense. 1997.
  
- Ost, François y Michel van de Kerchove. *Elementos para una teoría crítica del derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. 2001.
  
- Peces Barba Gregorio. *Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin de siglo*. Fontamara: México 2000.
  
- Peces Barba Gregorio. *Introducción a la Filosofía del Derecho*. Madrid: Debate. 1983.

- Rawls, John. “*Ideas fundamentales*”. En La justicia como equidad: una reformulación. Barcelona: Paidós, 2002.
  
- Rawls, John. *Liberalismo político*. México: Fondo de Cultura Económica. 2006.
  
- Raz, Joseph. *El concepto de sistema jurídico. Una introducción a la teoría del sistema jurídico*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1986. Página 18 y sig.
  
- Rodríguez Navas, Jaime Enrique. *Dinámica del Control de Constitucionalidad en Colombia*. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá: 1994.
  
- Rodríguez Peñaranda, María Luisa. *Minorías, acción pública de constitucionalidad y democracia deliberativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.
  
- Rodríguez, Andrés Abel. ¿Es necesaria una norma básica encima del sistema del jurídico? Las teorías de la norma básica en Kelsen y Hart. En Pensamiento jurídico número 16, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá: 2006.
  
- Rodríguez Garavito, Cesar y Rodríguez Franco, Diana. *Corte y Cambio Social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia, 2010. Páginas 12 – 65.
  
- Ross, Alf. *El concepto de validez y otros ensayos*, México: Fontamara, 2001. Cuarta edición.

- Ross, Alf. *Sobre el Derecho y la Justicia* (traducción de On Law and Justice (1958) por G.R. Carrió, Buenos Aires: Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1977
  
- Rubiano Galvis, Sebastian. *La Corte constitucional: entre la independencia judicial y la captura política*. En Garcia Villegas Mauricio y Revelo Rebolledo, Javier Eduardo. *Mayorías sin democracia*, Bogotá: Dejusticia, 2009. Páginas 84 a 145.
  
- Schmill, Ulises. *La norma fundante básica y el origen conceptual de la normatividad*. *Análisis e diritto*. (2007), p.91-122.
  
- Schmitt, Carl. “El concepto de lo político” en Carl Schmitt, el teólogo de la política, Fondo de cultura Económica, México: 2001.
  
- Schmitt, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza editorial, Madrid: 1982,
  
- Schmitt, Carl. *La Defensa de la constitución*. Tecnos, Madrid: 1998
  
- Schmitt, Carl. *Legalidad y legitimidad*. Madrid: Aguilar. 1971.
  
- Schmitt, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tecnos, Madrid: 1998.
  
- Serrano, Enrique. “La legitimidad en un mundo desencantado” en Legitimación y racionalización, Barcelona: Antropos, 1994.
  
- Uprimny, Rodrigo. *Entre deductivismo y activismo: hacía un intento de recapitulación de los grandes modelos teóricos de la interpretación jurídica*. En Hermenéutica Jurídica, Bogotá: Universidad del Rosario. 1997.

- Uprimny Yepes, Rodrigo. *Interpretación Judicial*. Bogotá: Concejo Superior de la Judicatura, 2006.
  
- Uprimny Yepes Rodrigo, Rodríguez Garavito César A, García Villegas Mauricio, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma: 2006.
  
- Valencia Villa, Hernando. *Cartas de Batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*. Bogotá: CEREC, 1997.
  
- Tarapués Sandino, Diego Fernando. *La naturaleza institucional del tribunal Constitucional en América del Sur*. Universidad Santiago de Cali. Cali: 2006.
  
- Teubner, Günter, “*Derecho reflexivo*” en BOURDIEU P, y TEUBNER G., La Fuerza del Derecho, Bogotá: Siglo del Hombre, 2000, p 123 – 143.
  
- Troper Michel, *El poder judicial y la democracia*, En Poder Judicial y democracia, FICA, ASONAL JUDICIAL, ILSA, Bogotá: 2005.
  
- Troper, Michel. *Por una teoría jurídica del Estado*. Madrid, Dickinson 2001.
  
- Walter, Robert, “*Origen y desarrollo de la idea de la norma fundamental*” en Problemas centrales de la teoría pura del derecho” Bogotá DC: Universidad Externado de Colombia, 2001.
  
- Walter, Robert. *Kelsen, la teoría pura del derecho y el problema de la justicia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 1997.

- Wróblewski, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Civitas Madrid: 2001.
- Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Madrid: Trotta, 2007. 7ª edición.